ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE

"TULLIO ASCARELLI"

Sezione Diritto privato per l'Europa

XXIV CICLO

Le pratiche commerciali scorrette nella prospettiva europea

Laura Guffanti Pesenti

Docente di riferimento: Chiar.mo Prof. Carlo Castronovo

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

INDICE

CAPITOLO I

Le pratiche commerciali scorrette tra consumatori e mercato.

1. La direttiva 29/2005/CE e la legislazione consumeristica. 2
    1.1. La protezione del consumatore in Europa. 4
    1.2. La disciplina tedesca sulle clausole abusive. 8
    1.3. Il diritto dei consumatori come diritto secondo. 10
2. La *ratio* della tutela del consumatore. 14
    2.1. (*segue*) L'autonomia contrattuale del consumatore. 15
    2.2. Il consumatore nell'omonimo diritto secondo: mezzo o fine? 20
        2.2.1. (*segue*) Il consumatore quale fine: tutela della persona. 21
        2.2.2. (*segue*) Il consumatore come mezzo: tutela del mercato. 24
        2.2.3. (*segue*) La necessaria mediazione tra le due prospettive. 27
3. Le pratiche commerciali scorrette tra diritto dei consumatori e della concorrenza. 28
    3.1. Il consumatore come operatore razionale nel mercato. 30
    3.2. (*segue*) Le origini del rapporto tra consumatore e concorrenza. 31
        3.2.1. (*segue*) La concorrenza sleale. 33
        3.2.2. (*segue*) Le prospettive più recenti. 35
        3.2.3. Reciprocità della tutela. 38
4. Pratiche commerciali scorrette: diritto secondo dei consumatori o della concorrenza? 41
    4.1. Verso un'interpretazione della disciplina in chiave concorrenziale. 45
    4.2. (*segue*) Senza trascurare la prospettiva consumeristica. 47
        4.2.1. Il ruolo della buona fede nella mediazione tra i due diritti secondi. 49
5. L'assenza dei rimedi. 54
    5.1. Rimedi e armonizzazione: profili problematici. 55

CAPITOLO II

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel codice del consumo: struttura e significato

1. Introduzione. 59
2. Struttura della disciplina. 60
3. Fattispecie generale: il divieto di pratiche commerciali scorrette. Rinvio. 69
    3.1. La contrarietà alla diligenza professionale. 71
        3.1.1. (*segue*) Il rapporto tra diligenza e buona fede. 73
        3.1.2. (*segue*) Diligenza e buona fede nelle pratiche commerciali scorrette. 78
        3.1.3. Pratiche commerciali scorrette e obblighi di protezione. 79
        3.1.4. La centralità dell'obbligo d'informazione. 86
        3.1.5. Pratiche commerciali scorrette e obbligazione senza prestazione. 92
        3.1.6. Il recupero del ruolo della diligenza nelle pratiche commerciali scorrette. 95
    3.2. L'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. 99
        3.2.1. Il caso dell'omessa o tardiva cancellazione delle ipoteche a garanzia di mutui bancari. 104
        3.2.2. (*segue*) Il presupposto dell'errore applicativo: un errore interpretativo. 110

CAPITOLO III

La dimensione privatistica delle pratiche commerciali scorrette: i rimedi individuali e l'armonizzazione incompleta.

1. Introduzione: nel silenzio della direttiva, quali rimedi per il consumatore? 113
2. Responsabilità contrattuale. 116
3. Responsabilità aquiliana. 119
4. Invalidità. 122

4.1. Nullità. 124
4.1.1. (*segue*) Nullità di protezione. 125
4.2. Annullabilità. 134
4.2.1. Pratiche commerciali ingannevoli: superamento del dolo in senso tradizionale? 135
4.2.1.1. Dolo e inganno colposo. 137
4.2.1.2. *Dolus bonus*, dolo omissivo e dolo incidente. 140
4.2.2. Pratiche commerciali aggressive e violenza. 147
4.3. Conclusioni: invalidità e responsabilità. 149
5. Le analoghe difficoltà e le soluzioni proposte dal diritto inglese. 150
5.1. Verso la revisione del diritto privato: nuovo *right of redress.* 152
5.1.1. Pratiche commerciali ingannevoli: *misrepresentation.* 154
5.1.2. Pratiche commerciali aggressive: *duress* e *undue influence*. 157
6. *Right to unwind the contract*, *right to a discount on the price, liability.* 158
7. Un nuovo diritto di recesso per il consumatore. 161
8. Diversità dei rimedi e armonizzazione incompleta. 166

BIBLIOGRAFIA 171

Ai miei genitori

CAPITOLO I

Le pratiche commerciali scorrette tra consumatori e mercato

SOMMARIO 1. La direttiva 29/2005/CE e la legislazione consumeristica. - 1.1. La protezione del consumatore in Europa. - 1.2. La disciplina tedesca sulle clausole abusive. - 1.3. Il diritto dei consumatori come diritto secondo. - 2. La *ratio* della tutela del consumatore. - 2.1. (*segue*) L'autonomia contrattuale del consumatore. – 2.2. Il consumatore nell'omonimo diritto secondo: mezzo o fine? - 2.2.1. (*segue*) Il consumatore quale fine: tutela della persona. - 2.2.2. (*segue*) Il consumatore come mezzo: tutela del mercato. - 2.2.3. (*segue*) La necessaria mediazione tra le due prospettive. - 3. Le pratiche commerciali scorrette tra diritto dei consumatori e della concorrenza. - 3.1. Il consumatore come operatore razionale nel mercato. - 3.2. (*segue*) Le origini del rapporto tra consumatore e concorrenza. - 3.2.1. (*segue*) La concorrenza sleale - 3.2.2. (*segue*) Le prospettive più recenti. – 3.2.3. Reciprocità della tutela. - 4. Pratiche commerciali scorrette: diritto secondo dei consumatori o della concorrenza? - 4.1. Verso un'interpretazione della disciplina in chiave concorrenziale. – 4.2. (*segue*) Senza trascurare la prospettiva consumeristica. – 4.2.1. (*segue*) Il ruolo della buona fede nella mediazione tra i due diritti secondi. - 5. L'assenza dei rimedi. - 5.1. Rimedi e armonizzazione: profili problematici.

1. - La direttiva 29/2005/CE e la legislazione consumeristica.

La tutela del consumatore passa oggi anche per il contrasto delle pratiche commerciali scorrette. Com'è noto, la relativa disciplina è stata introdotta negli ordinamenti degli stati membri dalla direttiva 2005/29/CE, la quale ha inteso incidere in maniera pressoché omnicomprensiva sui rapporti tra imprese e consumatori, al fine di garantire a questi ultimi margini di protezione che le precedenti disposizioni di origine europea avevano offerto soltanto per isole separate, limitando di volta in volta il proprio campo di applicazione a determinate materie o tipi contrattuali.[1] La tutela avverso le pratiche commerciali scorrette ha invece, per così dire, natura orizzontale[2] dal momento

[1] La direttiva è stata frutto di articolati lavori preparatori dai quali il suddetto obiettivo emerge in modo evidente. Per indicazioni dettagliate sul punto cfr. L.G. Vigoriti, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, Europa dir. priv., 2007, 520, nt. 2. Si veda sul punto anche L. Di Mauro, *L'iter normativo: dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007, 40 ss.

[2] La definisce «disciplina per funzione caratterizzata dalla trasversalità» L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Europa dir. priv. 2010, 706, secondo cui «appare evidente che la peculiarità della disciplina introdotta dalle pratiche commerciali scorrette, che la caratterizza in termini di «generalità», consiste nel tener distinti i diversi obblighi imposti al professionista … dal profilo *generale*

che definisce i limiti delle condotte del professionista qualunque sia l'"operazione commerciale"[3] in cui esse trovano esplicazione,[4] scoraggiando ogni comportamento pregiudizievole nei confronti del consumatore,[5] in qualunque rapporto obbligatorio e in qualsiasi fase dello stesso esso possa esplicarsi.[6] In tal senso depone l'art. 3 della direttiva (art. 19 cod. cons.) che chiarisce come essa si applichi senza alcuna ulteriore specificazione «…alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».[7]

---

di scorrettezza considerato con riferimento alle ricadute dell'attività sul consumatore medio … la specificità dei diversi sub-settori viene attraversata da una disciplina di carattere orizzontale».

[3] L'espressione "operazione commerciale" è utilizzata di frequente nella direttiva. Più conforme alla prospettiva di diritto interno dalla quale si esamina la normativa *de qua* sembra però il riferimento al "rapporto contrattuale" tra professionista e consumatore. Parallelamente l'espressione – di cui pure la direttiva fa ampio uso – «decisione di natura commerciale» sembrerebbe più opportunamente doversi sostituire con il sintagma «determinazione negoziale». Di tale avviso è G. De Cristorfaro, *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino 2007, 129.

[4] E così la fattispecie "pratica commerciale scorretta" ha trovato applicazione in una pluralità di ambiti tra cui si ricordano, a titolo di mero esempio, quello dei rapporti tra banche e clienti (Cfr. *ex multis* Cons. Stato Sez. VI, Sent., 24-08-2011, n. 4800; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 15-07-2011, n. 6360; Cons. Stato Sez. VI, Sent., 22-06-2011, n. 3763; Cons. Stato Sez. VI, Sent., 23-12-2010, n. 9329; Cons. Stato Sez. VI, Sent., 21-12-2010, n. 9322), tra utenti e compagnie telefoniche (Cfr. *ex multis* Cons. Stato Sez. VI, sent. 24-3-2011 n. 1810; Tar Lazio, Sez. I, sent. 21-1-2010 n. 646; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 24-3-2011 n. 1811; Tar Lazio, Sez. I., sent. 21-1-2010 n. 648; Cons. Stato Sez. VI, sent. 24-3-2010 n. 1812; Tar Lazio Sez. I, sent. 21-1-2010 n. 645; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 24-3-2011 n. 1813; Tar Lazio, Sez. I, 21-1-2010 n. 647; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 12-4-2011 n. 2251; Cons. Stato, sez. VI, sent. 12-4-2011 n. 2256), quello delle lotterie e giochi a premi. Sul punto si sofferma anche G. De Cristorfaro, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, p. 3 che osserva come quella di pratica commerciale scorretta sia «una nozione amplissima, che include qualsivoglia comportamento (attivo o anche solo meramente passivo) tenuto da un professionista anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla conclusione di un qualsivoglia contratto con un consumatore, che sia finalizzato a promuovere la stipulazione di un contratto siffatto o comunque presenti una «diretta connessione» con un tale contratto».

[5] Sul punto si sofferma anche G. De Cristorfaro, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, p. 3 che osserva come quella di pratica commerciale scorretta sia «una nozione amplissima, che include qualsivoglia comportamento (attivo o anche solo meramente passivo) tenuto da un professionista anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla conclusione di un qualsivoglia contratto con un consumatore, che sia finalizzato a promuovere la stipulazione di un contratto siffatto o comunque presenti una «diretta connessione» con un tale contratto».

[6] Cfr. sul punto L. Minervini, *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 amm. CDS 2010, 1172, nota 10.

[7] A tale proposito osserva C. Granelli, *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, che «se è vero che le «pratiche commerciali» cui si fa riferimento possono essere «poste in essere *prima, durante* e *dopo*» una «operazione commerciale», … non è men vero tuttavia che la più parte di dette "pratiche" appare inevitabilmente destinata a collocarsi nella fase precontrattuale o, prima ancora, nella fase di promozione della commercializzazione del "prodotto" senza che si sia ancora avuto alcun contatto fra professionista e singolo consumatore».

La dimensione orizzontale della normativa *de qua* sembrerebbe avallare l'idea che, negli intenti del legislatore comunitario, essa sia destinata a fornire al consumatore la maggiore protezione di cui abbia mai potuto godere, quanto al libero esplicarsi della propria autonomia contrattuale, da che questa si è posta quale obiettivo del diritto europeo. Il che è confermato dalla stessa direttiva, là dove chiarisce da un lato la propria estraneità ai rapporti tra imprese (cosiddetti B2B), dall'altro la propria specifica attenzione alla protezione dei consumatori.[8]

Essa dunque, che è stata inserita non a caso nel codice del consumo, sembrerebbe porsi nel solco della prolifica legislazione consumeristica di origine europea. Di quest'ultima vale la pena perciò di tratteggiarne gli aspetti salienti, al fine di meglio comprendere il ruolo che, nel suo ambito, pertiene alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

1.1. – La protezione del consumatore in Europa.

Tanto si è scritto sulla figura del consumatore,[9] la quale è di per sé difficilmente descrivibile e a maggior ragione definibile,[10] data la pluralità dei soggetti cui può essere attribuita tale qualifica, nonché la varietà dei contesti in cui esso è divenuto oggetto di tutela.[11]

La spinta centrifuga alla sua protezione si è propagata dall'Europa negli anni settanta,[12] mediante l'adozione di una serie di iniziative da parte della Commissione,

[8] Dando atto, al *considerando* n. 8, del fatto che «la presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali».

[9] Per una ricostruzione della nozione di consumatore cfr. *ex multis* Zeno-Zencovich, *Consumatore (tutela del)*, Enc. giur. Treccani, VIII (Roma 1998), 1; S. Kirschen, Sub *art. 3. Definizioni,* G. Alpa – L. Rossi Carleo, Codice del consumo. Commentario (Napoli 2005), 46; E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2003, 1149; G. Alpa, *Consumatore*, Contratto e impresa, 1987, 313; Id. *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari – Roma 2006, 3 ss.

[10] F. Rinaldi, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, NGCC 2009, 39, osserva come «nonostante l'impegno delle diverse istanze coinvolte, e seppure con la giustificazione della giovane età della materia … non pare essersi, invero, approdati ad una definizione realmente unitaria e soddisfacente di consumatore , talvolta confliggenti risultandone le diverse definizioni».

[11] Sul punto cfr. le considerazioni di E. Fazio, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Europa dir. priv. 2007, 153.

[12] Il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, infatti, non contemplava norme *ad hoc* sui diritti del consumatore (né una sua definizione), dal momento che la sua precipua finalità era quella di realizzare uno spazio economico libero tra i paesi aderenti. La protezione del consumatore ha assunto invece il ruolo di vero e proprio obiettivo dell'allora Comunità europea con l'Atto unico europeo del 1° luglio 1987, il quale ha rafforzato il ruolo del Comitato economico e sociale, competente in tale materia. Soltanto con il Trattato di Maastricht (firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993), tuttavia, è

sulla falsariga degli obiettivi fondamentali delineati nella Carta europea, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1973.[13] A partire dalla metà degli anni ottanta, tale obiettivo di tutela si è tradotto in una pluralità di direttive che hanno progressivamente disciplinato, sotto vari profili e in svariati ambiti, gli scambi tra professionisti e consumatori nel mercato europeo[14] e che sono venute penetrando nell'ordinamento italiano per effetto delle norme di trasposizione.[15]

---

stato inserito nel trattato il titolo undicesimo, appositamente dedicato alla "protezione dei consumatori", il quale, peraltro, non precludeva agli stati l'adozione di misure più rigorose per la tutela degli stessi. Una svolta ulteriore in merito al *quomodo* della tutela si è avuta con il Trattato di Amsterdam, che, modificando il dettato dell'art. 129 A (poi divenuto 153), ha ritenuto di rendere vera e propria politica comunitaria quella di un "elevato" livello di tutela dei consumatori, individuando nel dettaglio i diritti e gli interessi meritevoli di protezione (salute, sicurezza, interessi economici e altresì diritto all'informazione, all'educazione, all'organizzazione).

[13] La vera "pietra miliare" del diritto dei consumatori è costituita dalla risoluzione della Commissione del 1975, preceduta dalla Carta europea dei consumatori del 1973, approvata dal Consiglio d'Europa. La Carta europea dei consumatori definisce le linee essenziali degli interventi a tutela del consumatore distinguendo una pluralità di obiettivi di massima: a) protezione giudiziaria dei consumatori contro ogni danno economico o materiale provocato dai beni di consumo; b) protezione contro prodotti difettosi e pubblicità ingannevole; c) controlli sulle pratiche commerciali abusive; d) diritti all'informazione ed educazione sui prodotti; e) rappresentanza dei consumatori riconosciuta dai governi e accesso ai consigli di amministrazione di società che gestiscono servizi pubblici. Cfr. sul punto G. Alpa, C. Conte, L. Rossi Carleo, *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino 2009, I, 50 ss. Alla Carta europea dei consumatori del 1973 è seguita, nel 1975, una risoluzione (G.U.C.E. C92/1, 1975) avente il medesimo obiettivo, la quale tuttavia, grazie alla sua maggior forza politica, rappresentò il primo passo significativo verso programmi di intervento mirato, al fine di raggiungere obiettivi specifici e più circoscritti di tutela. Gli obiettivi individuati dalla risoluzione ricalcavano, approfondendoli, quelli già esplicitati nella Carta del 1973 (salute e sicurezza del consumatore; interessi economici del consumatore; consulenza, assistenza, risarcimento danni; informazione ed educazione; consultazione e rappresentanza). A tali iniziative ha fatto seguito un intenso programma di interventi di attuazione, dapprima solo frammentari (mediante operazioni limitate a specifici settori) e a partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, maggiormente coordinati.

[14] Si considerino in particolare, tra le più importanti direttive che hanno preceduto la 2005/29/CE, la direttiva 1984/450/CE sulla pubblicità ingannevole abrogata per effetto della direttiva CEE 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette; la direttiva 1985/374/CE relativa alla responsabilità civile per danno da prodotti; la direttiva 1985/577/CE relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali; la direttiva 1987/102/CE in materia di credito al consumo; la direttiva 1990/314/CE sui viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso"; la direttiva 1992/59/CE sulla sicurezza generale dei prodotti; la direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori; la direttiva 1994/47/CE, concernente il contratto di multiproprietà; la direttiva 1997/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; la direttiva 1997/55/CE sulla pubblicità comparativa, abrogata per effetto della direttiva 2005/29/CE; la direttiva 1998/6/CE relativa all'indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; la direttiva 1998/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo; la direttiva CE 95/01 relativa alla sicurezza generale dei prodotti; la direttiva 2002/22/CE relativa ai servizi di comunicazione elettronica; la direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[15] Ricorda peraltro N. Lipari, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria,* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2010, 7, che «la categoria del consumatore ha avuto formale ingresso nel nostro ordinamento con l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996 n. 52, che, in sede di recepimento della direttiva CE

Prima di questo momento, il consumatore era entità sconosciuta in Europa, e altresì in Italia,[16] ove solo il lavoratore e il risparmiatore[17] erano contemplati quali soggetti deboli nell'aspro territorio degli scambi.[18] Nella disciplina del contratto era prevista bensì la protezione del contraente debole, agli articoli 1341 e 1342 del codice civile ma, per l'appunto, di un contraente debole "senza qualità",[19] «a prescindere cioè da *status* i quali, per la loro funzione particolarizzante tendono invece a discipline differenziate».[20]

Anche quando il "consumatore" iniziò a essere percepito e tutelato, sulla scorta di orientamenti sviluppatisi in ambito comunitario, peraltro, esso fu considerato per un certo tempo quale categoria improduttiva e, anzi, di spreco, in quanto fisiologicamente legata al momento del consumo, e perciò antagonista all'allora diffuso *favor commercii*, la stessa parola "consumo" evocando l'uscita del bene o del servizio dal circuito

---

5 aprile 1993 n. 93/13, ha introdotto nel codice civile … un nuovo titolo XIV- *bis* intitolato "Contratti del consumatore"».

[16] L'Italia è pervenuta alla tutela del consumatore su imitazione, se non, addirittura, per costrizione, dell'Unione europea. E infatti, negli anni settanta, alcuni Paesi europei si sono dotati di strumenti di tutela che, presi poi a modello dalle direttive europee dell'ultimo scorcio del secolo scorso, sono rifluite anche nell'ordinamento italiano. Cfr. sul punto A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, Europa dir. priv. 2007, 902.

[17] Sull'anomalia del nostro ordinamento che sembra distinguere nettamente consumatore e risparmiatore cfr. G. Alpa, *Diritto comunitario, status e tutela della persona*, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche a cura di N. Lipari, Napoli 1998, 59 s., a dire del quale «a differenza di quanto accade altrove, nella nostra cultura giuridica le due figure di «consumatore» e di «risparmiatore» sono rigorosamente separate; altrove, ad esempio in Francia, in Germania, in Inghilterra, tanto per fare riferimento alle esperienze a cui siamo usi guardare per trarne modelli e per fare comparazioni, queste categorie non sono separate».

[18] Cfr. sul punto A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, cit., 905 s.

[19] Che la disciplina del codice civile sia pervasa dall'idea dell'uomo senza qualità è detto da C. Castronovo, *«I principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, Riv. dir. comm. 1995, 35, il quale osserva «che la norma, la quale testualmente si riferisce non soltanto alle condizioni generali di contratto ma alle clausole non individualmente negoziate, può trovare di per sé applicazione non solo nei rapporti tra imprenditori e consumatori ma pure nei rapporti tra imprenditori ed eventualmente tra soli consumatori».

[20] *Ibidem*. Come ricorda lo stesso C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e Acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, Europa e diritto privato 2007, 281, «la prima fonte del diritto entrata in vigore in Europa a disciplinare le condizioni generali di contratto è stata il codice civile italiano del 1942. Esso, all'art. 1341 disciplina la tutela del contraente debole». Peraltro si è detto, con qualche esagerazione, che non si trattava del consumatore, ma, al contrario, della protezione dell'impresa, «cui si garantisce il più ampio campo d'azione e l'immunità da qualsiasi controllo esterno», cfr. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977, 175. Che il codice civile non fosse ispirato dall'idea di proteggere il consumatore si coglie del resto anche dal disposto dell'art. 2054 co. 4, ai sensi del quale non il costruttore è fatto responsabile dei danni cagionati da vizi di costruzione del veicolo, bensì, innanzitutto il proprietario del veicolo, il quale nella prospettiva attuale è il consumatore. Sul punto cfr. A Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, cit., 910.

"virtuoso" della produzione. Ne è conseguito un pregiudizio non solo in merito all'*an* dei consumatori, ritenuti da taluno addirittura una "falsa categoria",[21] ma anche e in ogni caso in merito all'opportunità di una loro tutela. Dalla sponda opposta, infatti, l'interesse crescente nei loro confronti era avvertito come un ostacolo alla protezione della diversa e ben più meritevole[22] classe dei lavoratori, considerata fino ad allora fondamentale punto di riferimento degli interventi di tipo sociale nel diritto privato e che invece, nel consumerismo, sarebbe andata annacquandosi.[23]

Il suddetto pregiudizio, tuttavia, ha cominciato ad attenuarsi negli stessi anni settanta, nel corso dei quali è iniziata una nuova fase contrassegnata dalla salvaguardia degli interessi del consumatore quale soggetto debole rispetto al professionista.[24] A

[21] Sul punto si veda in particolare C. Mazzoni, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, Giur. Comm. 1976, 627, il quale osserva come sia «inevitabile che «l'interesse collettivo dei consumatori» (o, ancor peggio, l'interesse dei consumatori del prodotto *x* o dell'utenza *y*), se non precisato, limitato, distinto, faccia sorgere il sospetto che si tratti di una rivendicazione socialmente o politicamente poco qualificante, se non addirittura equivoca».

[22] Almeno secondo «gli approcci culturali più diffusi: da quello cristiano … a quello produttivista in senso liberista, a quello produttivista in senso marxiano», così A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 905 che ricorda, a tale proposito, le celebri parole di Vyšinsky, tratte da Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, secondo cui il lavoro sarebbe «il mago che trasforma l'uomo da nullità in eroe» (*ivi* nt. 7).

[23] Vi è peraltro chi ha ritenuto che la tutela del consumatore non dovesse essere intesa come contrapposta a quella del lavoratore, partendo dal presupposto che consumatori degni di tutela avrebbero dovuto essere soltanto gli appartenenti alla classe dei lavoratori subordinati. Si tratta della tesi di K. Tonner, *Zum Stellenwert des Verbraucherschutzes*, Demokratie und Recht 1975, 119 ss., sulla quale si sofferma ampiamente e criticamente E. Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, Politica del diritto 1975, 710 ss. Per Tonner sarebbe consumatore soltanto il soggetto «non proprietario di mezzi di produzione, che fa fronte alle esigenze del proprio sostentamento con il corrispettivo della prestazione di lavoro dipendente».

Tale assimilazione non sembra peraltro condivisibile giacché «equiparare la posizione del consumatore a quella del lavoratore subordinato» significherebbe «sovraccaricare il termine «consumatore» di tutti gli ideali, le problematiche e pure la storia che connota i rapporti economici, sociali e giuridici tra datore di lavoro e dipendente. È evidente che le due dimensioni possano anche affiancarsi o sommarsi nella medesima persona, ma ciò non implica che … si debbano proporre interventi normativi tendenti a trattare i consumatori alla stessa stregua dei lavoratori»: così G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari 2006, 9.

[24] A tale proposito si è sostenuto che «le società del benessere hanno creato un essere nuovo, il consumatore, che si avvia a diventare come il proletario creato dal capitalismo industriale del secolo diciannovesimo», Bihl, *Vers un droit de la consommation*, in *Gaz. Pal.* 1974, p. 754. Si tratta di immagine provocatoria e dai caratteri accentuati, che tuttavia ha il merito di evidenziare come, negli anni 70, siano sorti «gravi e urgenti problemi di (tutela del consumatore e di) controllo sociale delle attività imprenditoriali» essendosi ormai «in presenza di strategie d'impresa informate alla logica del mercato capitalista, e quindi intese a trasformare in oggetti di consumo gli stessi attributi della persona, a devastare in modo quasi sistematico il patrimonio ambientale, a considerare la controparte come destinataria di un *Diktat* che è espressione di un autentico «potere normativo» esercitato nella contrattazione standardizzata», sul punto cfr. G. Alpa, M. Bessone, U. Carnevali, G. Ghidini, *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti*

partire da questo momento, ritenuto finalmente degno di protezione, esso divenne oggetto di numerose direttive che, sotto diversi profili, provvidero alla sua tutela nel rapporto di consumo.[25]

1.2. - La disciplina tedesca sulle clausole abusive.

Nell'ambito del progressivo interessamento dell'Europa ai consumatori, particolare merito va riconosciuto alla Germania ove la categoria fu, prima che altrove,[26] ritenuta meritevole di protezione, anzitutto con l'adozione di una disciplina[27] sulle clausole abusive nella contrattazione standardizzata.

Tale normativa, che ha rappresentato l'antecedente della successiva e ben nota direttiva comunitaria 1993/13/CE,[28] all'epoca della sua introduzione costituiva soltanto

---

privatistici, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* Milano 1976, 176 s, da cui è tratto il richiamo a Bihl.

[25] La volontà di tutelare il consumatore, peraltro, si è dovuta scontrare con la difficoltà di identificare correttamente la categoria, dal momento che i consumatori non erano (e non sono) tutti uguali «essendoci consumatori ricchi e consumatori poveri, consumatori istruiti e consumatori ignoranti, consumatori di beni primari e consumatori di lussuosi *gadgets*, consumatori bisognosi di tutela e consumatori capaci di tutelarsi da sé»: tratta approfonditamente del problema E. Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, cit., 701 ss.

[26] L'AGBG tedesco del 1976 (su cui vedi *infra* nt. 27) fu seguito dall'inglese *Unfair Contract Terms Act* (1977) che, tuttavia, era limitato alle clausole di esonero della responsabilità e che non traeva fondamento, come invece la normativa tedesca, dal principio di buona fede oggettiva sul quale, successivamente, verrà costruita la direttiva europea in materia di clausole abusive n. 13 del 1993.

[27] Trattasi della *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemein Geshäftsbedingungen*, del 9 dicembre 1976, modificata il 19 luglio 1996, altrimenti nota come AGBG. A tale disciplina si è ispirato il legislatore comunitario all'atto dell'elaborazione della direttiva sulle clausole vessatorie 1993/13/CE. La disciplina tedesca, invero, riguardava i soli contratti conclusi per condizioni generali e tuttavia ha costituito per la legislazione consumeristica un precedente ben più significativo rispetto, ad esempio, al nostro codice civile, in quanto specificamente rivolto alla tutela del contraente debole. Sui rapporti tra il precedente normativo di origine tedesca, la direttiva comunitaria e gli artt. 1341 e 1342 c.c., cfr. C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, Europa dir. priv., 1998, 18 ss. e 28 ss.

[28] Il governo federale già nell'ottobre del 1971 aveva elaborato linee guida relative alla politica di protezione dei consumatori pericolosamente esposti a compressioni della propria autonomia contrattuale a fronte della ormai diffusa prassi dei professionisti di redigere contratti standard. Il Cancelliere federale, nel gennaio del 1973, sulla scorta di tale rapporto, aveva descritto la tutela del consumatore come obiettivo precipuo della legislatura corrente. Di tali particolari dà notizia R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, Contratto e Impresa. Europa 2003, 726, il quale sostiene l'idea per cui la tutela del contraente debole, realizzata mediante il controllo giudiziale sulle clausole abusive, non possa essere intesa come limitata al consumatore bensì debba considerarsi estesa anche all'imprenditore che si trovi in posizione di debolezza rispetto all'altro contraente. Il dibattito sviluppatosi in Germania intorno all'AGBG costituisce il punto di partenza della riflessione operata nel saggio che si è richiamato anche perché essa era rivolta genericamente alla tutela del contraente debole, e non del solo consumatore.

Sui rapporti tra AGBG e il codice civile tedesco si veda S. Patti, *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, Europa dir. priv 2003, 504 s.

il frutto dell'attenzione particolare di un ordinamento marcatamente sensibile alle istanze sociali.[29] Ma proprio la legislazione di matrice tedesca ebbe l'effetto di far acquisire alla protezione dei consumatori il ruolo di obiettivo fondamentale del diritto europeo, tanto che, qualche anno dopo la sua introduzione, è iniziata la fortuna del consumatore nell'ordinamento comunitario. [30]

La vicenda tedesca è in grado di spiegare, inoltre, «come è potuto accadere che, l'obiettivo originario [dell'Europa] essendo la costruzione di un mercato comune, il risultato è stato quello della protezione dei consumatori».[31] Infatti, come è stato acutamente osservato, una legge tedesca del tenore dell'AGBG, esigeva un trattamento uguale per tutte le imprese, anche al di fuori della Germania. Diversamente le sole imprese nazionali sarebbero state condizionate e limitate nei confronti dei consumatori, e così penalizzate al cospetto dei concorrenti stranieri. Proprio per questo si è ritenuto necessario introdurre una disciplina dei contratti le cui condizioni fossero predisposte unilateralmente dal professionista, che vincolasse anche gli altri ordinamenti europei. E per conseguire tale obiettivo si è creduto opportuno evitare di affidare a ciascun ordinamento l'elaborazione di una normativa autonoma[32] ritenendosi più conveniente,

---

[29] Evidenziano le aperture della disciplina tedesca alla protezione del consumatore G. Alpa, M. Bessone, U. Carnevali e G. Ghidini in *Tutela giuridica di interessi diffusi* cit., 191 secondo i quali «La disciplina tedesca, con le sue aperture, sembra esprimere l'ideologia neo-liberale della c.d. «economia sociale di mercato» fondata dalla scuola di Friburgo … Ideologia di cui è precipua caratteristica quella della armonizzazione tra le esigenze delle imprese e il perseguimento di una struttura concorrenziale che garantisca giustizia dei prezzi, premi gli individui dotati di maggior spirito di iniziativa, elimini le tensioni sociali, accresca il benessere collettivo, assicuri l'effettiva collaborazione di tutti attraverso un «corretto» rapporto dialettico: senza assunzione da parte dello Stato della direzione del processo economico, ma d'altra parte senza la anarchia del capitalismo tradizionale (che, secondo i fondatori di detta ideologia, le cui proposte di rinnovamento del liberismo tradizionale si manifestarono fin dagli ultimi anni del regime nazista, comporta sopraffazione delle categorie economicamente più deboli)».

Si sofferma altresì sul tema R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, cit., 722, il quale afferma che «L'*Inhaltskontrolle* si è dunque affermato come arma di reazione all'abuso della libertà contrattuale, frutto del comprovato inceppamento del *Vertragsmechanismus* fatto emergere dalla *Interessenjurisprudenz* nel tentativo di superare le astrazioni della logica speculativa e nello stesso tempo lo iato che divideva la norma giuridica dalla realtà sociale».

[30] Nota peraltro A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 934, come il consumatore, in questa prima fase, sia ancora «una criptospecie del genere contraente debole, a sua volta mera *ratio* di una disciplina monca di esplicite differenziazioni soggettive in cui la debolezza di una parte è inferita dal fatto stesso della predisposizione unilaterale operata dall'altro contraente e dalla oggettiva vessatorietà delle clausole da quest'ultimo imposte nel contratto»: aggiunge l'Autore, a sostegno delle Sue considerazioni, che, del resto, «la legge sulle condizioni generali è applicabile anche ai commercianti», *ibidem* nt. 67.

[31] Cfr. sul punto C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e* Acquis *comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, cit., 279.

[32] *Ibidem*. L'Autore osserva come «Paradossalmente … la disciplina di protezione dei consumatori fu originariamente sollecitata dalla necessità di assicurare la parità delle armi a tutte le

in una prospettiva di mercato unico, tendere all'uniformità piuttosto che alla frammentazione.

A ben vedere, dunque, l'estensione della protezione del consumatore al di fuori della Germania avvenne non soltanto in virtù di un comune sentire progressivamente sempre più propenso a tutelare tale figura per via della sua debolezza, ma anche grazie all'esigenza di non limitare l'impresa tedesca rispetto alle sue concorrenti europee, soggiogandola a regole più rigide di quelle applicate al di fuori dei confini nazionali. Se ne può desumere che, come verrà più approfonditamente chiarito nel prosieguo, la diffusione della tutela nobile della persona del consumatore è stata originata, in buona parte, anche dall'intento meno nobile di assicurare il corretto svolgersi del meccanismo concorrenziale all'interno del mercato europeo.

1.3. - Il diritto dei consumatori come diritto secondo.

Il consumatore quale figura di riferimento del diritto europeo ha dunque trovato progressivo riconoscimento attraverso le alterne vicende di cui si è detto, non essendo revocabile in dubbio l'elaborazione intorno a esso di una categoria unitaria, caratterizzata dalla debolezza nei confronti del professionista e in grado, per questo, di assurgere al rango dello *status.*[33] Si tratta peraltro di categoria anomala giacché la sua

---

imprese partecipanti al gioco della concorrenza». L*'iter* prospettato con riguardo all'interazione tra normativa nazionale e comunitaria è stato dunque il seguente: un ordinamento (quello tedesco) particolarmente attento alle istanze sociali promuove una normativa a protezione del consumatore, come tale inevitabilmente limitativa dell'attività del professionista; tale normativa sarebbe eccessivamente penalizzante per gli imprenditori tedeschi qualora essi fossero gli unici in Europa ad esservi sottoposti, con conseguente alterazione del buon funzionamento del mercato unico; sorge dunque l'esigenza che anche le altre imprese europee siano soggette a normative analoghe, al fine di garantire il corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale: per evitare eventuali ulteriori disparità tra legislazioni interne ai singoli ordinamenti, l'Europa opta per una legislazione uniforme di fonte comunitaria.

[33] Sebbene la figura del consumatore sia rappresentativa di situazioni molteplici (l'investitore, il risparmiatore, il cliente, l'acquirente di un prodotto, la persona danneggiata, l'utente di un servizio), l'attribuzione allo stesso di una posizione giuridica peculiare quale presupposto imprescindibile per l'applicazione di un autonomo impianto normativo ha indotto la dottrina a individuare in esso i caratteri dello «*status*», contrapposto a quello di imprenditore. Sul punto cfr. G. Alpa, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, Digesto disc. priv. III, Torino 1988, 548; V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, Giur. it. 1993, 69 ss.; E. Fazio, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Europa dir. priv. 2007, 160.

Ritiene «assolutamente improprio parlare di *status* di consumatori» P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche, cit., 68. L'Autore, infatti, ricordando che «*status* in senso proprio non è concetto giuridico, ma principio politico di organizzazione della società che l'ordinamento giuridico si limita a riflettere senza mediare», osserva come «gli *status* moderni non hanno nulla in comune con gli *status* in senso proprio» concludendo che «lo *status* di cui si parla a proposito dell'impresa, del lavoro, del consumo, designa

definizione è caratterizzata da un'intrinseca relatività,[34] che non rende possibile individuare altro che accomuni i consumatori se non quel minimo denominatore[35] di cui all'attuale art. 3 cod. cons., ai sensi del quale è consumatore o utente «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Esso denota che, per quanto ridotto ai minimi termini, il tratto caratterizzante la categoria dei consumatori appare tuttavia al legislatore prevalente sulle diversità numerose che distinguono consumatore e consumatore.

Proprio in ragione di tali diversità, invero, si è ritenuto che la suddetta unitarietà starebbe via via cedendo il posto alla frammentazione.[36] Il consumatore, secondo tale lettura, pur se nato nel segno della debolezza contrattuale intorno alla quale ha trovato la ragione giustificativa del proprio essere,[37] per un verso sarebbe venuto progressivamente specificandosi e dilatandosi nelle figure dell'assicurato, del cliente, dell'investitore, perdendo così i suoi originari connotati unitari, per altro verso avrebbe mantenuto l'unitarietà originaria ma solo quale entità astratta e ormai lontana dal

---

soltanto la tecnica di differenziazione del sistema in sub-sistemi, istituiti in rapporto a particolari tipi di problemi, che esprimono l'esigenza di un trattamento particolare dei rischi connessi a quel settore della vita di relazione» (*ivi* 66 s.). In effetti, a stretto rigore, il tratto comune che accomuna il pur vago concetto di *status* nelle varie epoche storiche è costituito dalla «funzione di indicare i connotati fondamentali della posizione di ogni singolo essere umano nella società e davanti al diritto, in modo tale da permettere: di *identificarlo*, cioè di distinguerlo da ogni altro essere umano [e] di *collocarlo nella sua «giusta» posizione nella* società, secondo le peculiari valutazioni che storicamente ciascuna società esprime»: sul punto cfr. L. Lenti, *Status*, in Digesto disc. priv. XIX, Torino 1999, 33. Peraltro, come chiarito da Alpa, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, cit., 548, a proposito dell'attribuzione alla categoria dei consumatori del rango dello *status*, «occorre sottolineare che il concetto [di *status*] è usato, in questi contesti, in modo più lato della definizione classica, e pertanto che, con queste cautele, si può … accettarne l'impiego».

[34] E. Gabrielli, *Il consumatore e il professionista*, in Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino 2005, 9 s., qualifica la nozione di consumatore quale nozione «relazionale», dal momento che essa trova il proprio fondamento non tanto nelle caratteristiche strutturali del soggetto quanto piuttosto nella posizione dallo stesso assunta nella contrattazione con un professionista.

[35] In tal senso il consumatore è stato definito quale figura «minimale e negativa» da G. Alpa, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in Contratti 2001, 206.

[36] Sul punto si veda L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 694. L'Autrice fa seguire la propria riflessione alla considerazione di partenza per cui «l'attenzione si sposta sulle varie modalità che, tenendo conto dei diversi settori di riferimento, impongono specifiche informazioni, spesso diverse e sempre più analitiche … si determina in tal modo una assoluta necessità di tenere conto di quello che, atecnicamente, possiamo indicare come il mercato di riferimento. Si comprende dunque perché il presente risulta sempre più contrassegnato da una segmentazione della figura di consumatore, via via «sezionata» nell'ambito di una pluralità di sub-settori, come emerge chiaramente dalla disciplina dedicata al cliente nei servizi bancari o all'investitore nei servizi finanziari».

[37] E che è dovuta all'identificazione dello stesso quale soggetto che agisce per scopi estranei alla propria attività commerciale o imprenditoriale, come sarà meglio chiarito *infra*, §§ 2.2. ss.

singolo scambio, assurgendo piuttosto a punto di riferimento e criterio di valutazione delle condotte del professionista nella dinamica del mercato concorrenziale.[38]

E tuttavia la prospettata frammentazione non priva di attualità e di utilità la nozione di consumatore, la quale resta «funzionale a consentire l'individuazione di un criterio che, *ex ante* e in via diretta ed immediata, permette di applicare una disciplina che si aggiunge a quella del contratto considerato nei suoi aspetti strutturali, completandola sotto il profilo dinamico»,[39] e perciò agevolmente applicabile anche all'investitore, all'assicurato, al cliente, accomunati dal *common core* di cui al già richiamato art. 3 cod. cons.

Del resto i consumatori, fin dall'origine erano frammentati in diverse figure, le quali tutte, pur nelle rispettive peculiarità, hanno da subito avuto, e ancora mantengono, alcuni aspetti comuni.[40] A conferma di ciò la medesima definizione di consumatore, è riproposta dalle direttive comunitarie anche recenti in materia, che pure si occupano della sua tutela negli ambiti più disparati.[41] Al di là della distinzione tra i diversi settori e i diversi contratti di consumo resta, dunque, la precarietà del consumatore, che

[38] Quali la "diligenza professionale" di cui all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, che tale è in relazione agli effetti che è in grado di esercitare sull'autodeterminazione commerciale del consumatore medio. Così L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit. p. 689.

[39] Cfr. L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 698.

[40] Lo riconosce la stessa L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 699 che aggiunge che la definizione ormai consolidata è «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»: da che i suoi contorni essenziali si sono delineati, infatti, la figura del consumatore può dirsi segnata dalla dialettica fra unitarietà e frammentazione.

[41] Sul punto si veda L. Delli Priscoli, *«Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza*, Contratto e impresa. Europa 2003, 750 s., il quale osserva che «nella maggior parte dei testi normativi … è definito consumatore "la persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta", o vengono utilizzate formule del tutto analoghe. In questo senso si possono citare, in ordine cronologico, il d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, relativo al diritto di recesso fuori dai locali commerciali; gli artt. 1469 *bis* ss. c.c., che introducono all'interno del codice civile la disciplina delle c.d. clausole vessatorie; la legge 30 luglio 1998, n. 281, che riconosce al consumatore alcuni diritti fondamentali tra cui quello alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; il d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, che attribuisce al consumatore un diritto di essere informato ed un diritto di recesso nel caso di contratti conclusi «a distanza»; il d. lgs. 25 febbraio 2000 n. 84, che, al fine di migliorare l'informazione e di agevolare il raffronto tra i prezzi, impone al commerciante di indicare, oltre al prezzo di vendita dei prodotti, anche altre informazioni, quali ad esempio il prezzo per unità di misura; gli artt. 1519 *bis* c.c. ss., che nel caso di vendita di beni mobili attribuiscono al consumatore, per qualsiasi difetto di conformità, un diritto al ripristino di quest'ultima, una riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto». Tutte tali normative, così come quelle successive, tra cui la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette (che definisce il consumatore analogamente alle precedenti), sono raccolte oggi nel codice del consumo che si apre, all'art. 3, con una definizione generale di consumatore ricavata da quelle particolari ivi riunite.

facilmente si coglie in ogni stadio dei rapporti che lo legano al professionista, a partire dal momento della diffusione dei messaggi pubblicitari per arrivare a quello dell'uso dei beni e del godimento dei servizi.[42]

Tale unitarietà è stata avvertita al punto che, intorno alla categoria, può dirsi edificato, addirittura, un vero e proprio "diritto secondo", intendendosi per tale un «ceppo normativo»[43] spostato dal tronco centrale del diritto comune e assoggettato a una

[42] Da un punto di vista cronologico le fasi che hanno scandito il progressivo interessamento della Comunità europea alle vicende del consumatore hanno riguardato in un primo momento la sicurezza dei beni e dei prodotti e, di conseguenza, il risarcimento del danno sopportato per la circolazione di prodotti difettosi, introducendo quindi una tutela individuale di carattere successivo. In un secondo momento, invece, è divenuto obiettivo prioritario quello di difendere gli interessi economici dei consumatori per il che il *focus* del legislatore comunitario si è spostato principalmente sul contratto. Per una ricostruzione approfondita dei progressivi interventi a tutela del consumatore cfr. G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori,* cit., 45 ss.

[43] In tal senso C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di A. Plaia, Milano 2008, 5. La distinzione tra diritto privato generale e diritti secondi è frutto della riflessione dello stesso Autore, protrattasi negli anni a partire dal primo scritto *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, Jus 1981, 158 ss. Sulla natura del diritto dei consumatori quale diritto secondo si era già espresso lo stesso Castronovo, *Quadro comune di riferimento e* Acquis *comunitario*, cit. 282, ove si chiarisce che «un diritto fondato sullo *status* è diritto speciale per sua intrinseca natura e proprio questo è il diritto di tutela dei consumatori»; sul tema cfr. altresì A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus 2009, 348, il quale osserva, in merito al diritto dei consumi, che «la previsione di una disciplina speciale, in deroga a quella generale del contratto, trova … giustificazione razionale non già in una particolare rilevanza dell'attività svolta dal contraente professionale, eventualmente nell'esercizio dell'impresa, ma in un'esigenza di protezione della sua controparte, ossia del consumatore, che è appunto tutelato in quanto contraente debole». Lo stesso A., nel considerare la comune *ratio* di tutela dei contratti dei consumatori e di quelli tra imprese, ove una di esse sia in posizione di debolezza rispetto all'altra, aggiunge che «tale esigenza di tutela si traduce … in regole speciali dirette a riequilibrare rapporti connotati da significative disparità, che peraltro non si manifestano soltanto nell'ambito dei contratti tra consumatori e professionisti, ma in alcuni casi riguardano anche la contrattazione tra imprenditori. Al «diritto secondo» del consumatore si è così affiancato un altro «diritto secondo», quello dell'impresa economicamente dipendente. Da questa prospettiva, il confronto tra contratti dei consumatori e contratti stipulati da imprese in condizioni di disuguaglianza normativamente rilevante pone in evidenza una nuova chiave di lettura delle rispettive discipline e consente di coglierne la peculiarità di diritti secondi, che si distaccano dal tronco originario del diritto privato generale in quanto espressione di una logica radicalmente diversa da quella che invece postula la parità di trattamento dei contraenti» (*op. cit.*, 352).

La qualifica del diritto dei consumatori come diritto secondo è ulteriormente valorizzata da L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 690, ove, nel riconoscere la difficoltà di rintracciare oggi l'unità di un sistema che si dimostra piuttosto costituito da molteplici tasselli, afferma che «preziosi suggerimenti ci possono venire dalla formulazione della categoria dei diritti secondi che impone la ricerca di un metodo in grado di cogliere il senso delle reciproche interazioni tra le parti e l'intero, metodo che, peraltro, deve porre attenzione alla specificità del diritto secondo che merita di non essere obliterata da una passione sistematica che tenda a vedere in quest'ultimo una semplice specificazione del diritto generale, dovendo altresì tener conto che la relazione non è di tipo puramente negativo, cioè di un diritto secondo come puro non essere diritto privato generale».

logica diversa,[44] il quale, in ragione delle sue peculiarità, è addirittura dotato, allo stato, di un proprio «luogo normativo», il codice del consumo, costituito da una pluralità di fonti «unificate all'insegna del consumatore in quanto destinatario di una disciplina riducibile a una linea normativa unitaria».[45]

2. - La *ratio* della tutela del consumatore.

Ciò chiarito, vale la pena soffermarsi sul movente che, facendo venir meno l'originario pregiudizio nei confronti del consumatore, ha favorito il passaggio a una sua accentuata protezione, mediante l'elaborazione della suddetta categoria unitaria e del relativo apparato normativo, trasfuso nel codice del consumo. Ci si propone in particolare di dar conto, seppur succintamente, della *ratio* di tutela dell'autonomia contrattuale del consumatore, che è stata, se non il primo in termini di tempo,[46] sicuramente il principale oggetto della legislazione consumeristica.

La *ratio* di tale tutela sembra potersi rintracciare, per un verso, nella volontà di preservare la libertà e la capacità di scelta del consumatore negli scambi commerciali, al

[44] Non condivide la distinzione tra diritto privato generale e diritti secondi M. Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale"*, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, cit., 275 ss. Per l'Autore infatti «la teoria del "diritto privato generale" non fornisce una valida risposta ai problemi [delle spinte centrifughe dei diritti secondi] … la teoria generale … deve muovere dalle valutazioni fondamentali compiute dall'ordinamento nelle singole materie. … Quest'opera sistematica richiede anche l'attitudine a pensare regole giuridiche trasversali rispetto alla grande dicotomia fra il diritto pubblico e il diritto privato … se si segue questa indicazione di metodo non potranno mai invocarsi ragioni del diritto privato generale che possano prevalere, solo perché tali, alle ragioni della tutela di un bene giuridico che sia direttamente protetto a livello costituzionale: saranno invece le singole disposizioni, generali e speciali, a dover essere compresse o dilatate al fine di realizzare la formula combinatoria che meglio realizzi un'adeguata protezione del bene di rilevanza costituzionale». Non solo, per l'A. la dicotomia diritto privato generale/diritti secondi ha valore semantico diverso rispetto alla contrapposizione tra diritto generale e diritti speciali essendo «atta a introdurre surrettiziamente un messaggio … per cui tutto ciò che è speciale vale meno di ciò che è generale»; infine, ritiene Libertini, l'espressione "diritto privato generale" «indeterminata e autoreferenziale» e, sulla scorta di tale convinzione, conclude la Sua riflessione osservando che «non è più tempo di diritto privato generale e quest'ultimo deve rassegnarsi alla frantumazione dei diritti secondi». Per una critica a tali critiche, cfr. S. Mazzamuto, *Postfazione*, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, cit., 277 ss. a dire del quale, viceversa la contrapposizione tra diritto privato generale e diritti secondi, riconosce al diritto civile la sua natura di «serbatoio dal quale alimentare il diritto secondo» (l'espressione è in realtà ripresa da Castronovo) che, altresì, «fornisce ai diritti speciali le infrastrutture e gli snodi concettuali ove essi non se ne siano dotati di propri». L'A. riprende a sostegno del Suo argomentare la felice espressione di L. Mengoni, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, Jus 1983, 327, secondo cui i diritti speciali apparirebbero come, nelle vecchie carte geografiche, l'Africa, costellata di macchie bianche recanti la scritta *hic sunt leones*.

[45] Così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 6.

[46] La prima normativa specificamente diretta alla tutela del consumatore è stata quella relativa alla responsabilità del produttore per prodotti difettosi, introdotta dalla direttiva comunitaria 25 luglio 1985 n. 374 e trasposta nel nostro ordinamento con d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224, ora trasfusa nel codice del consumo.

fine di garantire il buon funzionamento del meccanismo concorrenziale e perciò del mercato; per altro verso nella volontà di tutelare il consumatore come persona, con specifica attenzione per le sue esigenze di uomo inevitabilmente immerso nel mercato e dallo stesso condizionato all'atto di soddisfare i bisogni propri e della propria famiglia.

Peraltro, sia che si ponga l'accento sulla protezione del consumatore quale *fine* del legislatore, sia che la si voglia considerare quale *mezzo* per il conseguimento di un obiettivo ulteriore, quella messa in atto dalla legislazione c.d. "consumeristica" è protezione *diretta*, operante sul singolo rapporto contrattuale che lega il consumatore al professionista, e rispetto al quale si avverte, concreto, un problema di esercizio più o meno libero dell'autonomia contrattuale.

2.1. - (*segue*) L'autonomia contrattuale del consumatore.

Proprio il profilo della protezione dell'autonomia contrattuale si rivela particolarmente vicino al tema che in questa sede s'intende analizzare, ossia quello della tutela offerta al consumatore dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.[47] La formulazione della norma generale in *subjecta* materia,[48] e altresì le condotte tipizzate nelle successive e numerose disposizioni di dettaglio, [49] evocano, infatti, immediatamente il tema della libertà negoziale, preoccupate come sembrano di imporre al professionista condotte il più possibile trasparenti nei confronti del consumatore, al fine di evitarne un indebito condizionamento nell'atto di consumo.

[47] A tale proposito chiarisce A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., che «gli interventi normativi sul contratto rivolti alla tutela del consumatore, nei quali tale determinazione soggettiva è fatta rilevare giuridicamente, mettano capo a due funzioni fondamentali. La prima ha riguardo alla debolezza contrattuale del consumatore, al consumatore come soggetto non perito nella stipula del contratto (*dealing as a consumer*) diversamente dal professionista sua controparte. … La seconda funzione invece pone l'accento sugli aspetti personali, definiti in antitesi a quelli professionali, che spingono il consumatore all'acquisto di quel prodotto o servizio. In quest'ambito il riferimento al consumatore sembra riflettersi in qualche modo sulla stessa funzione causale del contratto». Sotto quest'ultimo profilo si giustifica l'accento posto dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo sull'adempimento in natura, che configura «l'interesse del consumatore alla cosa come interesse prioritario rispetto al surrogato economico di essa».

[48] Per la quale si veda, con riferimento al diritto interno, l'art. 20 co. 2 del codice del consumo, ai sensi del quale «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

[49] Delle quali si darà conto nel prosieguo e in particolare nel secondo capitolo della tesi. Per il momento basti chiarire che le diverse fattispecie sono articolate in pratiche commerciali ingannevoli (artt. 21 e ss. cod. cons.) e pratiche commerciali aggressive (artt. 24 e ss. cod. cons.) e altresì che, a chiusura, il legislatore ha individuato una serie di condotte elencate nelle cosiddette *black list* di pratiche "in ogni caso" ingannevoli (art. 23 cod. cons.) e aggressive (art. 26 cod. cons.).

Giova dunque ricordare, seppur sinteticamente, che in quel frangente dell'autonomia privata esplicantesi nelle relazioni tra professionista e consumatore, quest'ultimo si trova in posizione di debolezza rispetto al primo,[50] risolvendosi la

[50] Il carattere di debolezza contrattuale di una parte nei confronti dell'altra, che accomuna i pur diversi rapporti di consumo, ha costituito fertile spunto per svariati tentativi di classificazione dei contratti dei consumatori all'interno di generi più ampi e a fianco di rapporti pur diversamente connotati dal punto di vista soggettivo, ma tutti caratterizzati dalla fisiologica debolezza di una parte nei confronti dell'altra.

È scaturito a tale proposito un dibattito (occasionato dalla direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive) che ha visto contrapporsi da un lato coloro che hanno sostenuto il carattere discriminatorio delle regole che presidiano la posizione del contraente debole solo ove questo sia soggettivamente qualificabile come consumatore, escludendo dalla tutela altre *species* di contraenti deboli, per il solo fatto che non di consumatori si tratti ma di imprenditori; dall'altro i sostenitori della peculiarità della figura del consumatore, che giustificherebbe una tutela *ad hoc* dello stesso, distinta da quella dell'imprenditore in posizione di debolezza nei confronti dell'altro contraente.

Per valutare le linee intorno alle quali si snoda questo dibattito cfr. *Due voci sul concetto di «consumatore» e sulla* ratio *della sua tutela*, Contratto e impresa. Europa 2003, 715 ss. che vede contrapporsi R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, e L. Delli Priscoli*, «Consumatore», «Imprenditore debole» e principio di uguaglianza.*

Taluno ha ritenuto i contratti dei consumatori ascrivibili al più ampio *genus* dei contratti d'impresa (cfr. sul punto G. Oppo, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, Il diritto europeo dei contratti d'Impresa: autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, a cura di P. Sirena, Milano 2006).

Altri vi ha ravvisato degli aspetti di somiglianza con quei contratti, definiti "reticolari" (stipulati tra imprese ed espressamente disciplinati, nei loro aspetti patologici, dalla legge), ritenendo che carattere comune degli uni e degli altri fosse la debolezza connaturata a uno dei contraenti (sul tema si veda C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, Riv. crit. dir. priv. 2005, 549 s, la quale è scettica in ordine all'applicazione ad essi del diritto secondo dei consumatori).

Altri ancora ha parlato di "contratto asimmetrico" per indicare quel rapporto in cui le parti, non necessariamente professionista e consumatore, «si trovano in posizioni di mercato differenti, che … attribuiscono all'una e all'altra differenti gradi di forza contrattuale. La formula generale che potrebbe esprimere questo fenomeno è: dalla regolazione dei contratti del consumatore alla regolazione dei contratti asimmetrici», così V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, Corriere giuridico 2009, 279.

La rilevazione di aspetti comuni tra contratti dei consumatori e contratti reticolari avrebbe addirittura indotto a ritenere applicabile agli uni e agli altri il paradigma del riequilibrio contrattuale ad opera del giudice con conseguente significativa retrocessione del paradigma dell'autonomia privata. E ciò, appunto, non solo nei contratti di scambio conclusi tra imprese e consumatori (in cui vi è una previsione legislativa in tal senso, si pensi alla disciplina delle clausole abusive), ma anche nei contratti stipulati tra le imprese.

Tali classificazioni, che pongono l'accento sugli aspetti comuni sussistenti tra contratti cosiddetti B2C e B2B, sono state criticate, da chi ne ha messo in luce l'artificiosità e la forzatura (si veda C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese.*, cit.). I contratti con i consumatori, infatti, sono contratti di scambio tra due soggetti caratterizzati a priori e in partenza da una maggior debolezza dell'uno nei confronti dell'altro. I contratti tra imprese, invece, si caratterizzano per essere contratti di cooperazione, funzionali ad uno scopo di comune interesse. Ne consegue che ciò che viene protetto dalla legge in tali ultimi contratti, non è tanto la debolezza di un'impresa rispetto all'altra, dovuta alla disparità di potere contrattuale tra le due, quanto piuttosto l'abuso di quella cooperazione, che, in mancanza di esso si svolgerebbe in pieno equilibrio. La debolezza fisiologica del consumatore rispetto al professionista nel rapporto di scambio, dunque, non può essere ritrovata nei rapporti d'impresa, cui si pretenderebbe di estenderla, al solo fine di soddisfare l'esigenza di un intervento riequilibratore del giudice. Essa, piuttosto, è caratteristica peculiare del consumatore, fisiologicamente meno forte del professionista.

A tali considerazioni si potrebbe peraltro replicare che anche nei rapporti tra imprese possono verificarsi situazioni di squilibrio. È infatti innegabile che la dipendenza di un'impresa dall'altra, in ragione del suo diverso potere contrattuale, può comportare in ogni momento la decisione dell'impresa forte di abbandonare al proprio destino quella debole, la quale, dunque, non può che subirne le decisioni ed esserne condizionata.

Ciò tuttavia non legittima il tentativo di generalizzazione del diritto speciale che si vorrebbe operare. Esso, infatti, conduce a esiti contradittori dal momento che determina l'annacquarsi della classe di soggetti a cui il diritto speciale si riferiva, facendole perdere la sua qualità originaria, così come fu concepita dalla legge, di classe meritevole di una specifica tutela.

Lo spunto è tratto da C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e* Acquis *comunitario*, cit. p. 282 il quale vi si è ulteriormente soffermato nel successivo *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in diritto civile e diritti speciali, cit., 17.

Sulla assimilabilità dei rapporti tra imprese a quelli di consumo si sofferma anche A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 348 e ss, il quale chiarisce che «l'elaborazione di una nuova categoria di contratti d'impresa, all'interno della quale ricomprendere i contratti dei consumatori, potrebbe giustificarsi sul piano dogmatico se e in quanto funzionale a concrete operazioni ermeneutiche che consentano di interpretare la relativa disciplina secondo principi, diversi rispetto a quelli che governano gli altri scambi, suscettibili di applicazione a fattispecie caratterizzate da aspetti comuni di per sé sufficienti a giustificare una loro considerazione complessiva e unitaria». Peraltro l'A. non ritiene che i contratti tra imprese e quelli tra professionista e consumatore possano essere considerati unitariamente, e perciò egualmente regolati. Sia perché il "professionista" che è tipicamente parte del rapporto di consumo non necessariamente è imprenditore; sia perché la ragione giustificativa della peculiare normativa consumeristica è da rintracciarsi principalmente nella debolezza del consumatore rispetto all'imprenditore. E anche là dove l'elemento comune dello squilibrio contrattuale renda più vicini i due ambiti, giustificando un'identica *ratio* di tutela del contraente debole «non sembra metodologicamente corretta un'estensione automatica e generalizzata delle norme di un diritto secondo a fattispecie previste e regolate da un altro diritto secondo. Le norme speciali dettate a protezione del contraente debole, infatti, al di là del generico obiettivo di riequilibrare i rapporti caratterizzati da sostanziale disuguaglianza, perseguono finalità diverse caso per caso, rispetto alle quali appare tutt'altro che scontato l'accertamento di quella identità di *ratio* sulla quale si fonda l'analogia» (op. cit., 355).

Di analoga opinione è C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, Europa dir. priv. 2008, 846, che osserva come «pur nell'ambito [della] comune matrice della «regolazione dei mercati», tuttavia, ed anzi proprio in ragione di ciò, ciascuna disciplina di protezione di un contraente rispetto alla posizione dell'altro si mostra caratterizzata da una propria funzione, sia con riguardo al fenomeno regolato, sia e soprattutto con riguardo ai dispositivi normativi adottati. Sicché si rende necessario evitare superficiali generalizzazioni».

Con specifico riferimento al tema delle pratiche commerciali scorrette si osserva che la relativa disciplina è stata dettata dall'Europa per regolare i rapporti tra professionisti e consumatori, espressamente escludendo i rapporti tra professionisti (si veda sul punto il *considerando* n. 6 secondo cui «essa non riguarda e lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, gli Stati membri, ove lo desiderino, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria»). Ne consegue, in conformità con le osservazioni svolte sin qui, che essa non si potrà estendere per analogia ai rapporti tra imprese, pur segnati dallo squilibrio contrattuale. A questo proposito, peraltro, non può tralasciarsi di considerare che il recentissimo D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 ha previsto all'art. 7, rubricato "Tutela delle microimprese da pratiche commerciali ingannevoli e aggressive", che «1. All'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, dopo la lettera d) inserire la seguente: "d-bis) «microimprese»: entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare."; 2. All'articolo 19, comma 1, dopo le parole: "relativa a un prodotto" sono aggiunte, infine, le seguenti: ", nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145"». Ne consegue che, se tale previsione sarà confermata in sede di conversione del decreto legge, la disciplina protettiva del consumatore introdotta dalla normativa *de qua*

tradizionale uguaglianza formale tra i contraenti, in disparità sostanziale.[51] E ciò in quanto il professionista, formalmente posto sullo stesso piano del consumatore, ma sostanzialmente più forte, è in grado di esercitare la propria libertà contrattuale a discapito di quello, al punto di renderla, per lui, eteronomia.[52]

La suddetta disparità è riconducibile per un verso al differente grado di cognizione che il professionista e il consumatore hanno in merito all'oggetto dello scambio: si tratta del noto fenomeno dell'asimmetria informativa, risolto dal legislatore attraverso l'imposizione di copiosi obblighi d'informazione a carico del professionista.[53] Per altro verso, essa è dovuta al fatto che il consumatore è indotto alla conclusione dei contratti di consumo da esigenze personali e familiari, con la connessa

---

sarà estesa anche alla micro impresa, così aprendo la strada, almeno in questa materia, all'identico trattamento di soggetti finora tenuti distinti, nel segno della comune debolezza rispetto al professionista in posizione di forza.

[51] Sul punto, A. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, Milano 2008, 57 ss.. Il tema che occasiona la riflessione dell'Autore è quello dell'introduzione nell'ordinamento delle nullità di protezione (*op. cit.,* 63 ss.) come strumenti volti a impedire al contratto di produrre effetti che «pur voluti dai contraenti, non costituiscono reale manifestazione dell'autonomia di entrambi, ma trovano origine in situazioni di disuguaglianza sostanziale nelle quali la libertà di scelta di uno di essi sia stata significativamente compromessa».

[52] È proprio questo l'effetto scongiurato, in un discorso di più ampio respiro, da L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in Diritto e valori, 1985, 158, ove l'A. chiarisce, riferendosi all'art. 3 della Costituzione che «lo Stato di diritto postula che l'uguaglianza formale dei cittadini non produca disuguaglianze sociali, che la libertà degli uni non si traduca in strumento di limitazione o di annullamento in fatto della libertà degli altri. Si introduce così una specificazione nel concetto di costituzione economica: essa si realizza nella misura in cui il diritto riesce a ottenere che ogni comportamento economicamente rilevante soddisfi il precetto della giustizia materiale». Nel senso che l'autonomia non debba risolversi in sopraffazione di una parte sull'altra cfr. C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione*, Europa dir. priv. 2005, 39, ove, tra l'altro, si evidenzia che «L'autonomia … non evoca il potere di una parte sull'altra ma quello di ambedue nella misura che consenta a ciascuna di esercitare la propria signoria della volontà».

[53] Sull'importanza dell'informazione ai fini della protezione del consumatore cfr. R. Alessi, *I doveri di informazione*, Manuale di diritto privato europeo a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007, 391 s., la quale segnala che la Corte di giustizia (Ceg 7 marzo 1999 C-362/88) ha statuito che «il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori considera l'informazione di questi ultimi come una delle esigenze principali». L'Autrice evidenzia peraltro come il tema dell'informazione si articoli su due distinti piani: il primo è quello del «territorio ampio e sfuggente della "trasparenza" quale "modalità operativa delle imprese"»; il secondo è quello dell'informazione «immediatamente rivolta alla tutela dell'altro contraente … e per questo assistita da rimedi destinati a spiegare effetti nella vicenda contrattuale». Ciò chiarito, l'A. constata come «nel diritto comunitario … si ripropongono e quasi sempre si affiancano non sempre distinguendosi tutti i differenti livelli di informazione … descritti; ma mentre il primo (l'informazione a presidio del modo di operare sul mercato dell'impresa), per il diretto (e tendenzialmente esclusivo) collegamento a finalità di controllo dell'esercizio di talune attività, naturalmente si completa con il rinvio ad un sistema sanzionatorio di carattere amministrativo, gli altri, vale a dire i doveri d'informazione ad attuali o solo potenziali contraenti, non sempre trovano nelle discipline di fonte comunitaria un esplicito apparato di tutela».

difficoltà di svolgere le necessarie indagini per acquistare il prodotto più conveniente,[54] risolventesi in una maggiore esposizione ad abusi da parte del contraente più forte.[55]

Questi essendo i principali punti deboli del suddetto rapporto, è proprio su questi aspetti che molte delle direttive in ambito consumeristico hanno insistito, al precipuo scopo di ridurre, *ex ante*[56] o *ex post*,[57] il divario tra i contraenti e così di riportare il rapporto su un piano di equilibrio. Particolarmente incisivi in tal senso sono i rimedi introdotti dal legislatore comunitario per far fronte alla suddetta disparità: specialmente l'invalidità nella forma inedita[58] della nullità "di protezione",[59] e il recesso, giustificato

[54] Esse, infatti, richiederebbero costi che il consumatore non potrebbe a sua volta riversare sul sistema, come fanno viceversa le imprese che possono permettersi di investire tempo e risorse per acquistare le necessarie conoscenze anche perché sono in grado di aumentare il prezzo di beni e servizi che offrono sul mercato, in tal senso cfr. A. Albanese, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in Hominum causa constitutum, Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte, Milano 2009, 25.

[55] Questo aspetto della debolezza del consumatore rende insufficiente la tutela apprestata dalla c.d. trasparenza del mercato, che può al massimo far conseguire al consumatore una "parvenza di autonomia". Per questo si rende necessario un intervento legislativo che riequilibri il rapporto tra i contraenti, a prescindere dalla possibilità che il consumatore abbia di reperire le informazioni mancanti, e ciò «in quanto [tale strumento] non persegue alcun obiettivo di efficienza allocativa, ma mira esclusivamente a garantire l'effettivo esercizio della sua autonomia contrattuale, invalidando la clausola che sia invece il risultato di un abuso da parte del professionista» cfr. Albanese, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 25.

[56] Mediante l'imposizione di obblighi informativi.

[57] Attraverso i rimedi.

[58] Rileva sul punto A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in Diritto civile e diritti speciali, cit., 162 che «non mancano … autori che già nell'impianto originario del codice civile, riconoscono l'esistenza di norme bensì imperative, che hanno però la funzione di proteggere un interesse individuale, proprio sottraendolo al potere di disposizione del soggetto che ne è il titolare [il riferimento è a R. Nicolò, *Diritto civile*, in Enc. dir., XXVIII, Milano 1978, 878]. Si tratta in ogni caso di ipotesi circoscritte a specifici contratti tipici, con riguardo alle quali si può parlare di nullità di protezione sotto il profilo degli interessi tutelati, ma non certo di nullità speciali dal punto di vista della disciplina applicabile, che è sempre quella prevista dal codice civile per il contratto in generale».

Si è detto a proposito del nuovo volto della nullità che «abbandonati gli antichi ancoraggi, da strumento astratto e irrelato, ubbidiente soltanto a un prestabilito e rigido schema concettuale (art. 1418 c.c.) è divenuta in prospettiva europea un rimedio sempre più dipendente e relato, condizionato o meglio *conformato*, quanto a struttura e funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti». Così V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit., 476 s.

[59] Si tratta di nullità speciale, in quanto «non più riconducibile a uno schema unitario e compatto, come pure a uno statuto normativo uniforme ed omogeneo, in quanto avente fondamento in patologie di varia natura del regolamento contrattuale», *ibidem*. La specialità della nullità, peraltro, non impedisce l'applicazione a monte del diritto comune: «i cosiddetti diritti secondi infatti, proprio in quanto *species* di un più ampio *genus*, non costituiscono corpi normativi isolatine privi di legami con il diritto primo, ma da esso logicamente dipendono secondo un rapporto di regola ed eccezione, che impone di applicare la norma generale, ove questa non sia derogata da una speciale»: cfr. sul punto A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, Le invalidità nel diritto privato, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano 2011, 357.

dal riconoscimento in capo al consumatore del cosiddetto *ius poenitendi*.[60] Aspetto peculiare della tutela del consumatore in ambito europeo è, del resto, proprio la particolare attenzione posta dal legislatore comunitario – e di conseguenza da quello interno – sui rimedi esperibili nei confronti del professionista. La quale attenzione, invero, è espressione di una tendenza più generale, fatta propria dall'Europa, volta a privilegiare la tutela dell'interesse violato, più che la sua concettualizzazione.

E infatti, in ragione della necessità di conseguire efficienza ed effettività, e altresì di non incagliarsi nelle peculiarità proprie dei singoli ordinamenti, il diritto europeo si rivela in linea di massima proiettato sul rimedio e disinteressato alla fattispecie, così conformandosi a una tendenza propria degli ordinamenti di *common law*, tradizionalmente lontani dalla sostanzializzazione degli interessi perché più propensi alla reazione.[61]

Così dunque si spiega la specifica attenzione del diritto europeo per il momento rimediale e altresì si giustificano la previsione del recesso di pentimento e della nullità di protezione ad opera del diritto dei consumatori, come nuove tutele dell'autonomia contrattuale violata. Con la conseguenza che, nella prospettiva europea, l'effettiva salvaguardia del consumatore nella sua qualità di contraente debole, trova compiuta realizzazione solo là dove vi siano rimedi *ad hoc* dallo stesso esperibili per neutralizzare gli abusi subiti.[62]

2.2. - Il consumatore nell'omonimo diritto secondo: mezzo o fine?

[60] Esso si può dire essere divenuto un modello generale all'interno del diritto del consumo come ricorda C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 26.

[61] Sul punto cfr. S. Mazzamuto, *I rimedi*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit., 748, il quale, a tale proposito afferma che «le pretese del consumatore … non sembrano poggiare su diritti soggettivi rigidamente attribuiti dalla norma, rispetto ai quali opererebbe (soltanto) un sindacato esterno e successivo in punto di esercizio (del diritto medesimo). Sembra piuttosto che il momento del soddisfacimento dell'interesse, non più mediato dalla tecnica del diritto soggettivo, venga addirittura condizionato alla sussistenza di concrete circostanze, cui la norma rinvia attraverso clausole elastiche, come quella della ragionevolezza o della proporzionalità … In questo senso, il diritto privato europeo marca un arretramento della soglia del discorso sulle tutele, sostituendo alla formale e rigida attribuzione di un diritto soggettivo … una sostanziale e unitaria considerazione delle condizioni (ad es. la ragionevolezza) di ammissibilità del rimedio».

Sul punto si veda altresì G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Europa dir. priv. 2011, 16 ss.

[62] Tale considerazione suggerisce di aprire la riflessione sulla natura della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette che, come sarà illustrato nel prosieguo, non prevede alcuno specifico rimedio per il consumatore danneggiato, pur dichiarando di essere normativa volta precipuamente alla sua tutela.

Ma sul punto da cui si era partiti, ossia la *ratio* che ha ispirato la tutela dell'autonomia contrattuale del consumatore, si affrontano diverse tesi che paiono, invero, complementari. Come accennato poc'anzi, c'è chi ritiene che tale tutela rappresenti il *fine* ultimo del diritto secondo dei consumatori, e come tale sia ispirata dall'interesse dell'ordinamento per la persona; ma c'è anche chi ritiene, al contrario, che la protezione del consumatore sia semplicemente un *mezzo*, e più precisamente il necessario strumento per garantire l'efficienza del mercato.

2.2.1. - (*segue*) Il consumatore quale fine: tutela della persona.

La protezione del consumatore come espressione del più generale interesse per la tutela della persona trova il proprio fondamento nel progressivo allargarsi del ceto medio che si contrapponeva, vieppiù, al sistema della produzione, dal quale traeva i mezzi per il proprio sostentamento e per il proprio benessere, e rispetto al quale si trovava in una posizione di debolezza, come tale progressivamente ritenuta meritevole di una qualche forma di tutela.[63] In quest'ottica si può dire essersi affermata progressivamente una nuova priorità, per cui la principale contraddizione da risolvere non era più quella tra consumatori e altre categorie di soggetti deboli (quali i lavoratori o i risparmiatori) ma al contrario quella tra esigenze della vita personale dei consumatori ed esigenze legate alla produzione, avvertite dal solo professionista.[64]

Inoltre, la rinnovata attenzione nei confronti del consumatore, deve leggersi come strettamente correlata con la principale novità del diritto contemporaneo costituitadalle costituzioni del dopo Auschwitz, [65] «le quali hanno ricondotto

[63] Cfr. A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 907.

[64] Consapevole della progressiva parificazione del consumatore con il lavoratore quali soggetti deboli nel mercato è A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, Europa dir. priv. 2006, 97 s.

il quale mette in evidenza come «l'ordine giuridico del mercato europeo fa perno … sulla tutela delle due fondamentali sfere di interessi coinvolte nell'attività contrattuale delle imprese, il lavoro e il consumo e, attraverso queste linee di tutela, si mostra altresì la fisionomia del «mercato unico» che l'Unione europea ambisce a strutturare giuridicamente. Il lavoro e il consumo, anzitutto, rappresentano criteri di individuazione di posizioni *tipicamente* più deboli di taluni soggetti rispetto ad altri soggetti operanti nel mercato. Inoltre sia nel lavoro, in cui è in gioco la stessa persona del lavoratore, sia nel consumo, inteso quale ragione della stipuazione di contratti di acquisto di beni o crediti di servizi considerati come tali, cioè senza finalità di speculazione economica, emergono esigenze che non possono essere ridotte alla dimensione puramente affaristica».

[65] Sul punto si veda L. Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, G. Alpa, *Diritto comunitario, status e tutela della persona*, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche a cura di N. Lipari, Napoli 1998, 25-26.

l'ordinamento giuridico a una fondazione ultima di ordine morale».[66] Tale rifondazione degli ordinamenti giuridici - interno ed europeo - sulla persona umana[67] ha contribuito, dunque, alla considerazione del consumatore come uomo e pertanto alla necessità della sua tutela anche in ragione dell'art. 3 co. 2 della Costituzione.[68]

Il consumatore verrebbe perciò in considerazione secondo una prospettiva di tipo "personalistico"[69] che, come tale, tende a consentirgli di esprimersi e realizzare se

[66] Cfr. A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit. 90, ove si ritiene che addirittura «proprio questa rifondazione dell'ordinamento giuridico sulla persona umana costituisce a ben vedere la ragione e la misura dell'apertura dell'ordinamento stesso alla dimensione europea».

[67] Sulla base delle previsioni costituzionali dei singoli ordinamenti e delle fonti europee (art. 3 Costituzione italiana, art. 1 della legge fondamentale tedesca, art. 10 della Costituzione spagnola, art. 13 della Costituzione portoghese e altresì art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. II-61 del progetto di Costituzione europea), la dignità umana assurge a *principium iuris et de iure* e così chiave di lettura dell'intero sistema costituzionale. Ne consegue che «vi è un connotato individuante del soggetto nella sua integralità rispetto al quale ogni regola giuridica risulta impotente e di fronte al quale dunque si arresta ogni pretesa del mercato di far valere le proprie logiche quali che ne siano le chiavi individuative»: così N. Lipari, *Persona e mercato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2010, 755.

[68] In tal senso cfr. P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche a cura di N. Lipari, Napoli 1998, 65, che osserva come «Gli anni 70 rappresentano …un grande momento di mobilitazione della cultura giuridica attorno al tema della giustizia sociale e ai valori del personalismo cattolico. L'apertura ai valori della socialità si manifesta come legittimazione di un possibile uso delle tecniche privatistiche in funzione di tutela di valori extra mercantili. La categoria del diritto diseguale e degli *status* sociali vengono prospettati come nuovi strumenti interpretativi e l'art. 3^2 Cost. come nuovo criterio di lettura delle c.d. clausole generali». L'Autore, pur prendendo atto di ciò, attribuisce il rinnovato interesse per il consumatore non tanto alla sensibilità dell'ordinamento nei confronti della persona, quanto a mutamenti morfologici del modello di mercato, necessitati dalla contrattazione di massa.

Sul tema si veda altresì la pur breve riflessione di G. Vettori, *Oltre il consumatore*, Persona e Mercato 2011, 319, ove l'Autore rilegge la figura del consumatore attraverso «un metodo diverso che non privilegia una qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) o la prospettiva rimediale (priva di un riferimento a interessi sostanziali protetti) ma assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi, e del mercato, come istituto giuridico al cui interno si determinano le posizioni di potere dei contraenti e i relativi correttivi».

Al proposito si veda altresì P. Perlingieri, *Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona*, Europa dir. priv., 2010, 359, a dire del quale «la tutela della persona rileva anche quando quest'ultima sia contraente, anche quando sia produttore»

[69] Concorde con l'idea che il diritto dei consumatori non possa essere piegato solo su aspetti economici è G. Alpa, *Codificazione del diritto dei consumatori*, NGCC 2009, 250. La necessità di tutelare la persona induce addirittura M.W. Hesselink, *European contract law: a matter of consumer protection*, Citizenship, or Justice?, ERPL 2007, 323 a ritenere che il diritto europeo dovrebbe rispondere più che all'esigenza di tutelare il consumatore, a esigenze di giustizia sociale, in quanto «as we saw, in the European Union consumer protection is often regarded as a policy which is instrumental to the construction of the internal market. The combination of reducing persons to citizens, citizens to consumers, regarding the latte ras instrumental to market building and moving towards horizontal and full harmonization brings us very far away from contrat law as a matter of justice … Rather than a merely a matter of consumer protection, European contract law should become a matter of justice».

stesso anche nei rapporti contrattuali,[70] mediante il libero esercizio dell'autonomia privata.[71] In tal senso, infatti, la libertà contrattuale non deve essere letta soltanto come «principio funzionale a realizzare un astratto benessere sociale, ma anche come presupposto per lo svolgimento della personalità umana». E ciò in quanto «trova … fondamento nell'etica personalistica della Costituzione una regolazione degli scambi improntata a criteri di giustizia sostanziale, in relazione ai quali assume rilevanza non soltanto l'efficienza allocativa, come strumento per accrescere l'utilità complessiva, ma anche la misura in cui la ricchezza prodotta è distribuita tra le parti».[72]

La tutela della persona, del resto, passa anche per la protezione dei suoi interessi economici, tra cui, particolarmente, quello di autodeterminarsi liberamente nell'acquisto dei prodotti e nella fruizione dei servizi funzionali a soddisfare le sue personali esigenze.[73] Non poteva dunque prescindersi, per addivenire a una piena realizzazione

[70] Sul contratto come luogo di esplicazione della persona cfr. G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1998, 30 che ricorda come «il protagonismo dell'impresa non deve far dimenticare al giurista che nell'ordine positivo il contratto è *valore primario*: perché la libertà, anche la *libertà economica*, è bene fondamentale *costituzionalmente garantito*. E questa libertà si esprime come autonomia privata … il germogliare di nuovi *status* costituisce segno del bisogno di sicurezza individuale, egemone sull'astratta tensione alla libertà».

[71] In tal senso cfr. C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, Europa e dir. priv. 2005, 34, secondo cui la tutela costituzionale dell'autonomia privata sarebbe stata non solo possibile ma addirittura opportuna «per esprimere una connotazione pregnante della persona».

[72] Così A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 62. Tale considerazione si inserisce in un discorso più ampio sul significato dei valori della persona come fondamento etico del diritto positivo, in virtù del quale «risulta inaccettabile una lettura riduttiva delle norme che regolano i rapporti economici privati come funzionali esclusivamente a tutelare l'efficienza del mercato. Occorre invece coniugare la massimizzazione del benessere complessivo, che è garantita dal gioco della concorrenza, con l'equa ripartizione delle risorse economiche, che esige in taluni casi la correzione autoritativa degli squilibri, determinati dalla libera contrattazione tra le parti», *op. cit.*, 57 s.. A conferma di ciò si consideri che la costruzione giuridica del consumatore non è stata soltanto il frutto di analisi dottrinali di economisti e sociologi ma anche dell'attività di organizzazioni spontanee di consumatori che, attraverso polemiche campagne di stampa hanno segnalato i fenomeni più dannosi determinati dalle politiche di profitto delle imprese. Sul punto cfr. G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 4.

[73] La *ratio* personalistica quale peculiarità della tutela del consumatore sembra condivisa da A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, Studi in onore di N. Lipari, Milano 2008, 3055, il quale, dapprima chiarisce che «nella logica dei contratti con i consumatori, il senso d'uniformare il contenuto contrattuale mira, in sostanza, a eliminare un'asimmetria informativa in ordine alla disciplina del regolamento, per concentrare sul prezzo il confronto delle offerte presenti sul mercato, atteso che le differenze di prezzo rispetto al medesimo bene possono scontare diversità rilevanti in termini di tutele e di garanzie offerte all'acquirente» e in un secondo momento, volendo evidenziare il tratto che differenzia principalmente i rapporti c.d. B2B, da quelli B2C, rileva come «il controllo sul contenuto del contratto che estende analogicamente la *ratio* dei contratti dei consumatori (*può*) sottende(re) un problema di tutela della persona, che non si pone e che, anzi, è del tutto estranea all'impresa e all'imprenditore. Non escludo, infatti, che sia possibile anche nel nostro ordinamento intraprendere la strada che il controllo sul contenuto del contratto ha percorso in Germania, in cui si è estesa la *Inhaltskontrolle* dal contratto di serie al contratto individuale 'imposto' e, infine, a quello che è negoziato tra le parti in condizioni di patente squilibrio. Proprio quell'esperienza, a leggere le argomentazioni che sorreggono l'evoluzione giurisprudenziale, dimostra tuttavia che la *ratio*

degli attributi personali del consumatore anche nel contesto degli scambi commerciali, da regole *ad hoc*, che tenessero conto della disparità di potere contrattuale che lo ha da sempre caratterizzato rispetto all'impresa.[74]

Tale posizione di debolezza, a ben vedere, è dovuta proprio al fatto che i beni che il consumatore acquista sul mercato sono funzionali al soddisfacimento delle esigenze della sua vita personale. Più precisamente, il consumatore si viene a trovare in una «posizione di svantaggio … non soltanto in termini di asimmetria informativa rispetto al professionista, ma anche e soprattutto in funzione della rilevanza che i beni e servizi acquistati con il contratto assumono per la soddisfazione dei bisogni vitali della persona».[75] Ne consegue che, secondo questa prospettiva,[76] il consumatore in quanto "persona" assurge al rango di *fine*[77] della legislazione consumeristica, insufficiente rivelandosi l'interpretazione che lo considera alla stregua di un mezzo del quale l'ordinamento si avvarrebbe solo «strumentalmente … per i propri scopi di governo dell'economia».[78]

2.2.2. - (*segue*) Il consumatore come mezzo: tutela del mercato.

---

che autorizza a estendere il controllo sul contenuto del contratto, dai contratti di massa ai contratti negoziati individualmente, si ravvisa nel fatto che il regolamento contrattuale pregiudica il realizzarsi della persona umana, quale valore costituzionale preminente. In sostanza, l'estensione analogica del potere del giudice fa leva sulla tutela della dignità della persona umana, nella duplice declinazione che l'art. 2 Cost. consente: quale principio di autodeterminazione della persona e di garanzia della sua libertà; quale sistema di valori che individuano l'àmbito esistenziale della persona fisica giuridicamente intangibile».

[74] Il consumatore è venuto emergendo quale soggetto debole rispetto all'imprenditore nel momento in cui alla contrattazione individuale si è sostituita quella di massa: in questo contesto, sviluppatosi a partire dagli anni settanta, «il contraente imprenditore che predispone unilateralmente le condizioni di contratto è in grado di operare una deroga sistematica del diritto dispositivo, non lasciando all'acquirente altra scelta che l'adesione al regolamento negoziale predisposto. Le clausole vessatorie costituiscono infatti una deroga sistematica al diritto dispositivo, senza alcuna giustificazione economica dal punto di vista del contraente che le subisce». Così P. Barcellona, *op. ult. cit.,*70.

[75] A. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 134.

[76] E anzi, addirittura conforme all'ispirazione personalistica dell'Europa se è vero che gli obiettivi di quest'ultima non si esauriscono nella creazione e nel buon funzionamento del mercato, implicando altresì la protezione di interessi non patrimoniali. In tal senso A. Albanese, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, Europa dir. priv., 2005, 978.

[77] A dimostrazione di ciò si sottolinea come la protezione del consumatore sia posta in essere attraverso interventi autonomi distinti rispetto a quelli funzionali a garantire il funzionamento dei meccanismi concorrenziali e a impedire che a essi si sostituiscano fenomeni quali il monopolio o le intese restrittive della concorrenza. Cfr. sul punto Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 134.

[78] Cfr. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 135.

La linea interpretativa che si è detta complementare a quella tratteggiata[79] ritiene, al contrario, che il diritto dei consumatori, nello specifico frangente della tutela dell'autonomia privata, pur se indubitabilmente plasmato sulla figura del consumatore persona fisica che agisce per bisogni personali, e non su un modello astratto di operatore razionale nel mercato, non sarebbe tuttavia ispirato da afflati personalistici,[80] rivelandosi meramente strumentale rispetto alla tutela del mercato.[81]

Si è osservato, al proposito, che «l'intervento *lato sensu* statale sull'autonomia privata si traduce … in una normativa volta a garantire effettività all'autodeterminazione del consumatore mediante l'attribuzione a quest'ultimo del diritto di pentimento dall'affare e la previsione di un'ampia tutela del diritto all'informazione sul prodotto da acquistare. La tutela del consumatore s'inserisce in realtà a pieno titolo nel *trend* di rimeditazione del rapporto tra Stato ed economia caratterizzato dal lento prevalere della seconda a scapito del primo e, infatti, la compressione dell'autonomia privata che ne consegue ha il fine precipuo di preservare il mercato anche quando tutela il consumatore come parte debole, "vittima" dell'asimmetria di potere contrattuale, tramite l'imposizione di obblighi di informazione al professionista, o come persona bisognosa di consumo, per l'appunto, privilegiando le forme di tutela in forma specifica».[82]

---

[79] Cfr. *supra*, § 2.3.

[80] Aderendo a tale interpretazione, A. Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, Argomenti di diritto del lavoro 2008, 714, osserva che «il diritto dei consumatori non condivide con il diritto del lavoro – il diritto della classe dei lavoratori -, una caratteristica essenziale, nel senso che rimarrebbe prerogativa di quest'ultimo l'essere deroga all'egualitarismo formale e, dunque, isolato intervento di tipo sociale nel diritto privato. In sostanza, il contratto del consumatore e, più in generale, l'intervento consumeristico, pur implicando un arretramento del diritto comune (ed un indebolimento della sua vocazione generalista) non mutuerebbe dal diritto del lavoro la caratteristica conciliativa della logica dello scambio con la tutela della persona. Sicché non sarebbe corretto accostare l'intervento conformativo del mercato del diritto del lavoro con il ruolo regolativo della legislazione a tutela del consumatore, non essendo quest'ultima ispirata, come invece il primo, da finalità di tutela della dignità della persona».

[81] Sul punto si veda altresì C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 847.

[82] S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa dir. priv. 2011, 379. L'Autore non disconosce il valore che la persona ha via via acquisito nell'ordinamento anche Europeo, a suo dire infatti «non sembra … che il diritto europeo incentivi fino in fondo l'idea dell'individuo astratto dalla società la cui attività economica deve essere informata al liberismo estremo e neppure l'idea del mercato onnivoro del c.d. terzo capitalismo, ma piuttosto rivela una insospettata sensibilità per le istanze sociali sia sul piano "costituzionale", valorizzando i diritti fondamentali, sia sul piano degli strumenti di *policy*, ricorrendo a regimi di mercato alternativi a quello concorrenziale». A tale constatazione segue, però, la riflessione secondo cui « "Libertà contrattuale e utilità sociale" è un sintagma che può continuare ad essere declinato, ma ciò non equivale a smentire che il diritto europeo conosce forme di compressione dell'autonomia privata per la tutela dell'interesse generale che non hanno tanto di mira la tutela dei

Secondo tale interpretazione, dovrebbe in particolare distinguersi tra i profili più propriamente protezionistici, quali quelli della salute e della sicurezza del consumatore, rispetto ai quali la logica prevalente sembrerebbe - in effetti - quella della tutela della persona, e il profilo tipicamente economico, quello della libertà di scelta del consumatore, da considerarsi esclusivamente qual parte essenziale del modello di economia di mercato.[83] In questo frangente, l'asserita volontà di tutelare il consumatore si risolverebbe, pertanto, in mera "declamazione teorica",[84] poiché esso altro non sarebbe se non un *mezzo*, mediante il quale il legislatore (comunitario innanzitutto) mette in opera un apparato normativo, fatto sì di rimedi e tutele, ma volto unicamente a conformare il mercato.[85]

La protezione dell'autonomia contrattuale del consumatore nell'ambito del singolo rapporto contrattuale si rivelerebbe, quindi, un pretesto, poiché i suoi diritti di conoscere preventivamente le caratteristiche del prodotto offerto dal professionista, sarebbero in realtà meramente strumentali all'esercizio della sua prerogativa di scegliere, consapevolmente, quale impresa premiare e quale no, al fine ulteriore di regolarne la competizione:[86] «nessuna umana solidarietà, dunque, per il consumatore, né tentativi di operare attraverso la sua tutela forme mascherate di redistribuzione sociale della ricchezza».[87]

---

soggetti deboli, come ad es. il consumatore, ma più che altro la tutela del mercato».

[83] E ciò sia che la libertà di scelta del consumatore si intenda «a livello di sistema [ove] essa indica la presenza nel mercato – sia in senso statico sia in senso dinamico – di diverse offerte sostituibili, fra cui il consumatore può scegliere», sia che la si intenda «a livello di singolo atto, [ove] indica la mancanza di inganni o costrizioni nell'acquisto posto in essere dal consumatore, cioè un atto di scelta "libero", nella coscienza e nella volontà del consumatore stesso. Sembra abbastanza chiaro che ambedue i significati sono rilevanti in termini di efficienza allocativa». Così M. Libertini, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, *www.agcm.it.*

[84] Così S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea,* Europa dir. priv., 2005, 54.

[85] Il tema è trattato con specifico riferimento alla vendita dei beni di consumo da S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, Europa dir. priv. 2004, 1035.

[86] In tal senso cfr. E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in Riv. Trim. dir. proc. civ. 2003, 1162; Id., *Il consumatore e il professionista*, cit., 25, secondo il quale il divario tra le parti in relazione alle informazioni «ostacola il raggiungimento di risultati (almeno prossimi rispetto a quelli) ottimali, impedendo la valutazione del rischio contrattuale e inducendo la parte meno informata ad accettare un contratto inefficiente, in quanto caratterizzato da un prezzo relativamente basso ma al contempo da costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi dei rischi contrattuali non proporzionali al prezzo pagato». È evidente che, per l'Autore citato, la disciplina di tutela del consumatore si propone quale fine ultimo quello della realizzazione di un mercato efficiente. Si tratta di una delle possibili interpretazioni della *ratio* del diritto dei consumatori già *supra* esaminata.

[87] Sul punto cfr. C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza.*, Europa dir. priv. 2001, 719; cfr. altresì E. Fazio, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, cit., 161, nt. 13.

2.2.3. - (*segue*) La necessaria mediazione tra le due prospettive.

Come si è anticipato, entrambe le prospettive appaiono degne di considerazione, quali giustificazioni complementari[88] dell'interesse del legislatore nei confronti del consumatore e della tutela della sua sfera giuridica nell'ambito del singolo rapporto contrattuale.

Volendo operare una sintesi delle due opposte vedute, potrebbe allora concludersi che il consumatore è divenuto oggetto di tutela in pari tempo come "mezzo" e come "fine", ad opera dell'omonima legislazione.[89] Anche alla luce dello stretto legame che - come sarà più oltre illustrato - ha tradizionalmente avvinto consumatore e concorrenza, riesce infatti difficile negare che l'interesse per quest'ultima si sia affiancato a corroborare la volontà di tutelare il primo, in quanto persona. Cosicché sembra più prudente ipotizzare che le due *rationes* siano andate combinandosi come le due facce di una stessa medaglia, risultando, seppur condivisibile, in un certo senso "parziale", la prospettiva che intenda ridurre la tutela del consumatore all'una[90] o all'altra[91] di esse.[92]

---

[88] Si è detto, a proposito invero di altra questione, che «come sempre la complessità dei fenomeni storici non si lascia risolvere nelle spiegazioni a una dimensione»: C. Castronovo, *Il capitalismo come vicenda giuridica,* Rel. ind. 1983, 189.

[89] A tale proposito osserva G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 18 s., che le prime forme di tutela del consumatore lo prendono in considerazione come «*homus oeconomicus*, re del mercato»; in un secondo momento, invece, le tecniche di protezione del consumatore aspirano a molto di più: «la dimensione dei consumi è inglobata in quella di posizione sociale e, quindi, confluisce nel dibattito sulla difesa dei valori della persona e sulla cittadinanza intesa in senso lato» (*op. cit.,*19). Con ciò peraltro non può obliterarsi la funzione anche di "mezzo" assunta dalla tutela del consumatore, almeno alle origini, e tuttavia non del tutto accantonata neppure oggi. Essa fa parte della natura del consumatore che è innanzitutto persona, ma che è anche di elemento costitutivo del mercato, insieme all'impresa.

[90] La tesi che vede la tutela del consumatore quale meramente strumentale alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento concorrenziale del mercato è avanzata tra gli altri da A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in Foro it. 2003, 340, e da S. Mazzamuto, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit. 266.

[91] La tesi contrapposta, che esclude la strumentalità della tutela del contraente debole alla dinamica concorrenziale trova sostegno in particolare negli scritti di A. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 76 e A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 941.

[92] La necessità di considerare come parimenti rilevanti i due suddetti profili si giustifica, oltre che sotto il profilo dell'origine storica, altresì in forza di una corretta lettura dell'ordinamento costituzionale, in quanto «in un ordinamento costituzionale come il nostro, che ha riportato il diritto positivo a un fondamento etico, la riduzione dell'argomentazione positiva all'analisi economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica personalistica … nessuna singola finalità primaria può da sola caratterizzare un sistema complesso come la costituzione economica nella quale sono analizzabili tre scopi fondamentali: economicità, giustizia sociale, libertà individuale. Tra questi valori vi è un rapporto

E, infatti, l'agire del consumatore consapevole e libero da condizionamenti giova senz'altro alla realizzazione del suo essere persona ma, inevitabilmente, aiuta anche il buon funzionamento del mercato, il quale, pur soggetto a plurime forme di regolamentazione, trae significato anzitutto dall'essere la risultante di tutti i singoli scambi in esso posti in essere dai suoi operatori.[93]

3. - Le pratiche commerciali scorrette tra diritto dei consumatori e della concorrenza.

All'interno del filone di protezione apprestata dal diritto secondo dei consumatori,[94] e particolarmente sotto il profilo di cui si è trattato finora, ossia quello della protezione dell'autonomia contrattuale della parte debole del rapporto, sembrerebbe porsi, a tutta prima, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.[95]

Ciò, anzitutto, in quanto nel primo *considerando* della direttiva si rammenta, nei toni del manifesto programmatico, che «l'articolo 153, paragrafi 1 e 3, lettera a), del Trattato prevede che la Comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 95

---

di tensione che, mediante la regola di diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione». E infatti «il principio di efficienza non può calarsi nella realtà sociale come materia di un'isolata conoscenza economica, ma è oggetto esso stesso di regolazione normativa, con la quale interagisce introducendo i limiti della compatibilità economica. Le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate su valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di «fattibilità economica». Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso»: cfr. L. Mengoni, *Persona e iniziativa economica privata*, in Persona e mercato. Lezioni, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, ora in L. Mengoni, *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano 2011, 98 s.

[93] Proprio dalla considerazione di L. Einaudi, secondo cui il mercato è il "luogo dove convergono molti compratori e molti venditori", prende le fila la celebre riflessione sull'argomento di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2004.

[94] Sul punto si è espresso P. Bartolomucci, *Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano 2007, 268 ss. secondo cui «è chiaro allora il fine dichiarato nei considerando della direttiva [e precedentemente messo in luce]: attraverso l'introduzione di nuovi parametri di valutazione di natura sostanziale, si tutela efficacemente e realmente il consumatore non più e non solo come soggetto debole, vittima di un'asimmetria informativa, bensì come soggetto che dev'essere messo in grado di poter scegliere tra i tanti operatori presenti nel mercato unico … di conseguenza e in via mediata si garantisce l'affermazione di un mercato sempre più libero e concorrenziale». Come sarà illustrato nel prosieguo sembra che i due termini debbano essere invertiti poiché la direttiva, al di là di quanto essa stessa dice, è rivolta principalmente alla garanzia del corretto esplicarsi della concorrenza e solo di riflesso alla tutela del consumatore, per quanto intensificata.

[95] Cfr. in tal senso L. Fiorentino, *Le pratiche commerciali scorrette,* in Obbligazioni e contratti 2011, 165.

del medesimo».[96] Del resto proprio quale disciplina principalmente improntata alla tutela dei consumatori è stata salutata la direttiva 29/2005/CE dal nostro legislatore che, inserendola nel codice del consumo, l'ha mescolata alla gran parte delle anteriori discipline consumeristiche di origine europea in esso trasfuse e orientate a disciplinare la formazione e l'esecuzione del contratto di consumo.[97]

Ma poiché l'apparenza può ingannare, vale la pena indagare meglio se davvero trattasi di materia consumeristica o se, viceversa, il consumatore sia oggetto di attenzione non tanto nella sua qualità di "singolo", attore debole nel rapporto contrattuale (qualunque sia la *ratio* di questa tutela), quanto piuttosto come parte di un più ampio ingranaggio, quello concorrenziale, configurandosi in tale ottica quale mero strumento per il conseguimento di un fine ulteriore. L'interrogativo ha senso porsi in quanto, come si vedrà, all'espresso intendimento di tutelare il consumatore ai sensi dell'art. 153 del Trattato, fanno da contraltare, nella direttiva, i numerosi riferimenti alla necessità di garantire la concorrenza tra le imprese e lo sviluppo delle relazioni commerciali transfrontaliere nel mercato europeo.

Pertanto, al fine di valutare se la normativa in esame possa considerarsi consumeristica in senso stretto (e pertanto parte del diritto secondo dei consumatori) o se, viceversa, essa afferisca al diverso diritto relativo alla concorrenza (pur esso qualificabile alla stregua di diritto secondo),[98] è opportuno preliminarmente valutare come la tutela del consumatore sia entrata a far parte del diritto concorrenziale.

---

[96] Non solo. Anche nei considerando successivi è più volte riproposto il riferimento alla tutela dei consumatori come uno dei principali obiettivi della normativa (cfr. *considerando* n. 11 e n. 18).

[97] E in effetti il codice del consumo e la legislazione sui consumatori che in esso trova la sua sede principale, è terreno d'elezione per l'applicazione della categoria di «diritto secondo», in luogo di quella di «diritto speciale», poiché la prima, meglio della seconda, tiene conto della materia regolata e dei principi posti a suo fondamento, prescindendo dalla distinzione tra legge generale (il codice) e legge speciale. Si tratta, come già ricordato, di categoria coniata da C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, Jus 1981, 158, successivamente ripreso dallo stesso Autore, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus 1985, 79, e altresì, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit.. Per una riflessione più approfondita cfr. *supra* nt. 43.

[98] In tal senso cfr. E. Camilleri, *I c.d. "contratti a valle" tra diritto della concorrenza e diritto privato generale*, in Diritto civile e diritti speciali, il problema dell'autonomia delle normative di settore, cit., 185 ss. L'Autore sottolinea come «La cornice teorica apprestata dallo studio del rapporto tra diritti primi e diritti secondi rappresenta una chiave di analisi particolarmente appropriata per inquadrare ed indagare a fondo buona parte delle fattispecie e delle regole che compongono lo "statuto" del diritto della concorrenza … è infatti proprio attraverso una lettura del diritto *antitrust* condotta per così dire in controluce rispetto alle categorie e agli istituti ascrivibili al diritto privato generale che può cogliersi la "specialità" del diritto della concorrenza, il suo essere diritto secondo nel senso più moderno dell'espressione». A dire dell'Autore richiamato, il diritto della concorrenza infatti può innanzitutto

3.1. - Il consumatore come operatore razionale nel mercato.

La rilevanza del consumatore, avvertita dal diritto comunitario a partire dagli anni settanta, infatti, scaturisce altresì dall'interesse generale per la regolazione del mercato.[99] Dacché si è compresa la necessità che quest'ultimo abbisognava di regole, si è anche compreso che tali regole dovessero occuparsi di salvaguardare il consumatore, in qualità, però, non tanto di contraente debole nel singolo scambio, bensì di operatore razionale nel mercato. In tal senso, la figura del consumatore non abbisogna tanto di una tutela diretta di tipo paternalistico, bensì esige che gli siano garantite le condizioni affinché il suo "comportamento economico"[100] sia in grado di liberamente esplicarsi.[101]

È emerso così l'altro dei due itinerari che hanno favorito la fortuna del consumatore, il quale è parimente essenziale per comprendere il fondamento della disciplina *de qua* e il suo significato nel panorama della legislazione europea.

Nell'esaminare questa seconda veste, più astratta e impalpabile, del consumatore, non espressamente nominato quale obiettivo, ma la cui presenza si avverte implicita nel diritto della concorrenza, non s'intende inseguire il difficile obiettivo di comporre, in un ordine gerarchico, la legislazione consumeristica e quella concorrenziale, stabilendo se ve ne sia una strumentale e perciò subordinata all'altra. I rapporti che legano le due normative e i beni giuridici che ne rappresentano l'oggetto, sono, infatti, attualmente sfuggenti e storicamente complessi, cosicché la valutazione se

---

concepirsi quale sistema compiuto e autonomo, ispirato da proprie definite *rationes*, il che già lo rende idoneo alla qualifica di diritto secondo; inoltre il diritto della concorrenza attinge dal diritto primo regole e istituti che sia applica "conservativamente", sia applica in modo innovativo, sottoponendoli a una «torsione teleologica ed applicativa tutta particolare … e realizzando così una "estrapolazione innovativa" dallo stesso diritto generale» (così E. Camilleri, *op. cit.*, 186 s.).

[99] Si rinvia a tale proposito a quanto già illustrato nel § 1.3 sull'importanza assunta in questa materia dalla disciplina tedesca sulle clausole abusive, nota come AGBG.

[100] Così si esprime d ultimo la direttiva 2005/29/CE.

[101] Cfr. sul punto L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 701, che auspica il superamento di una visione paternalistica della tutela del consumatore, il quale andrebbe piuttosto rispettato quale parte del mercato, in qualità di «centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda». Di tale prospettiva, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si rivela una conferma, poiché essa tutela soltanto il consumatore che sia ragionevolmente attento e avveduto, ponendo anche a suo carico un onere di diligenza. Sul punto si veda altresì L. Minervini, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza*, cit., 1187, secondo cui «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 e avveduto non accede alla tutela».

sia prevalente l'una sull'altra, o questa sulla prima, dipende dagli interessi in funzione dei quali la stessa valutazione dev'essere operata.

In questa sede, più semplicemente, ci si propone di aprire una riflessione sull'interazione tra i due suddetti diritti secondi e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette: giacché, come si vedrà, quest'ultima non può dirsi del tutto riconducibile né all'una né all'altra delle richiamate normative.

3.2. – (*segue*) Le origini del rapporto tra consumatore e concorrenza.

Dunque consumatore e mercato.

Come già anticipato, l'esame delle prospettive dalle quali progressivamente l'ordinamento interno (sulla scorta di quello comunitario) ha guardato al consumatore, e la parabola che ha segnato tale percorso - dal disconoscimento, al riconoscimento quale categoria unitaria, alla paventata frammentazione - non può prescindere dall'analisi di quest'altra linea interpretativa, che ha segnato le alterne vicende della categoria. La parabola del consumatore è, infatti, caratterizzata dall'imprescindibile legame dello stesso con il funzionamento del mercato in regime di concorrenza: in tale mercato esso è nato[102] e in tale mercato vive, avendo assunto all'interno dello stesso un ruolo parimente importante, se non addirittura prioritario, rispetto a quello delle imprese.[103]

Ne consegue che, per cogliere appieno il significato della sua tutela, e verificarne così l'effettiva portata nella materia in esame, non può prescindersi dal fatto che esso ha costituito da sempre significativo tassello del diritto della concorrenza, il quale, a sua volta, ha rappresentato fertile *humus* per la crescita della categoria protetta

[102] Sul punto cfr. M. Libertini, *Concorrenza*, (voce) Enciclopedia del diritto (Annali), Milano 2011, 211, che ricorda come in America, «sul finire degli anni trenta, dopo una fase di sospensione quasi totale dell'applicazione delle norme *antitrust*», in ragione del *favor* della giurisprudenza nei confronti dei cartelli, «inizia un ciclo di grande attivismo nell'applicazione delle norme *antitrust* in una prospettiva di contenimento del potere delle grandi imprese nei confronti delle piccole e di freno alla concentrazione industriale; il tutto accompagnato da una nuova sensibilità verso la tutela del consumatore, come soggetto "sovrano" del mercato».

[103] Rileva infatti M. Libertini, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Milano 2005, 1153 ss., che «per A. … la funzione finale dell'impresa è solo quella di conseguire profitti, e la legittimazione del ruolo dell'impresa nasce solo dal giudizio del mercato, cioè dal consenso che la massa anonima dei consumatori esprime nei confronti delle offerte di mercato dell'impresa. La giustificazione dell'impresa, e della ricerca del profitto, sta proprio nel fatto che essa si sottoponga giorno per giorno, al giudizio del mercato, cioè di quella massa anonima di consumatori, le cui scelte sono decisive nel sancire il successo o l'insuccesso di una certa offerta di beni o di servizi. In altri termini, l'impresa e il profitto traggono giustificazione dalla sovranità del consumatore. Dall'incontro tra le scelte egoistiche dell'imprenditore e quelle, pur altrettanto egoistiche, dei consumatori, l'economia di mercato continua a esprimere la sua superiorità, come strumento di progresso economico e di benessere collettivo».

dei consumatori. Essi, infatti, proprio in seno alla dinamica e agli obiettivi concorrenziali hanno acquisito significato economico e giuridico, salvo poi, almeno in certa misura, emanciparsene, anche grazie all'ispirazione, di origine costituzionale, orientata alla tutela della persona.

Se si considera, del resto, che il punto di riferimento sin dalle origini valorizzato per fondare la tutela del consumatore sono stati gli artt. 85 e 86 del Trattato[104] in materia di concorrenza, tale paternità non può essere disconosciuta.

Lo stretto legame tra concorrenza e consumatore risale, invero, a tempi più lontani, e precisamente all'ultimo dei tre grandi periodi in cui autorevolmente si è ritenuta articolata la storia del diritto commerciale.[105]

Tale momento, apertosi in Europa con l'avvento del codice Napoleone, ha avuto il suo motivo dominante nell'affermazione della libertà d'iniziativa economica e di accesso al mercato, in contrasto con le preoccupazioni corporative o mercantilistiche dei periodi anteriori. La libertà d'iniziativa economica così affermatasi ha determinato, quale necessario corollario, lo sviluppo di un sistema di tipo concorrenziale che, come tale, ha ben presto avuto bisogno di una disciplina. Finché, infatti, l'accesso al mercato era legalmente limitato, il problema della concorrenza tra imprenditori non si poneva, se non in via secondaria, laddove, con l'apertura alla libertà d'iniziativa economica, la concorrenza si è posta come fenomeno fisiologico che diveniva urgente regolare.[106]

La concorrenza quale effetto dell'apertura del mercato alla libera iniziativa economica, ai suoi albori, ha assunto il fine generale di assicurare il trionfo del "più

---

[104] Cfr. P. Barcellona, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore acquirente*, Studi in onore di G. Scaduto, Padova 1970. Per una più recente opinione in proposito si veda N. Irti, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, Giur. it. 1997, 226.

[105] Il primo periodo è quello che si snoda dall'inizio del sec. XII alla metà del sec. XVI, nel quale il diritto commerciale si connota come diritto consuetudinario e corporativo giacché le sue norme coincidono con quelle elaborate in seno alle corporazioni dotate di autonomia; il secondo periodo è quello che va dalla metà del sec. XVI alla fine del XVIII, ed è caratterizzato dall'assunzione da parte del diritto commerciale delle vesti del diritto statale, regolato da diverse ordinanze e operativo in un mercato di tipo nazionale in grado di controllare le corporazioni. Cfr. T. Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione,* in Riv. it. sc. giur. 1952, 36 ss.

[106] L'esigenza di regolazione del mercato concorrenziale si è avvertita soltanto dopo un primo periodo di «concorrenza «selvaggia» e senza regole, che ha probabilmente consentito l'affermazione e il consolidamento dei primi forti nuclei imprenditoriali»: gli *input* per tale regolazione furono essenzialmente due. Da un lato la necessità di proteggere le posizioni acquisite dai suddetti nuclei industriali; dall'altro «la raggiunta consapevolezza che il regime concorrenziale può dare i propri buoni frutti solo a condizione che ad essere premiato dal mercato sia chi realmente vi opera meglio: solo a condizione cioè di imporre regole che consentano al consumatore, che opera come giudice … di operare le proprie scelte sulla base di informazioni reali, non ingannevoli», cfr. sul punto A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano 2009, 3.

degno economicamente",[107] ritenendosi che solo per questa via si sarebbe addivenuti a un progressivo sviluppo economico.[108] Proprio in tale contesto il consumatore ha acquisito il ruolo di «giudice nella libera concorrenza», alimentando la competizione tra imprenditori, «allora indotti a gareggiare per conquistarlo».[109] L'attribuzione al consumatore del ruolo di giudice ha avuto - e ha - per risultato che «l'iniziativa preferibile sia quella più vantaggiosa pel consumatore e che questi abbia, nella sua libertà di scelta, un efficiente strumento che si risolve in generale benessere».[110]

3.2.1 – (*segue*) La concorrenza sleale.

L'interazione così consolidatasi tra consumatore e concorrenza, in funzione del corretto esplicarsi di quest'ultima, risulta confermata dalla disciplina della concorrenza sleale di cui al codice civile, ove, peraltro, non sono indicate singole fattispecie nelle quali la slealtà dell'imprenditore sia in grado di comprimere la libertà del consumatore, limitandosi il legislatore a evidenziare i profili generali di slealtà di cui l'atto di concorrenza è in grado di connotarsi, e che sarà poi l'interprete a declinare nei casi concreti. Ciò che, pur nella generalità dell'impianto codicistico, può però agevolmente desumersi dalla formulazione dell'art. 2598 nn. 1 e 2 è che sono da considerarsi quali atti di concorrenza sleale quelli volti a fuorviare il pubblico dei consumatori nei presupposti della loro scelta e quelli volti, più in generale, a offuscarne il giudizio.[111]

Non solo. Anche l'art. 2598 n. 3, recante il riferimento alla clausola generale della "correttezza professionale", rinvia, ancorché implicitamente, alla tutela della libertà di scelta del consumatore, cosicché, nel pur difficile tentativo di delineare il contenuto della suddetta clausola generale si è ritenuto che «non sono consentite (sono

[107] Secondo l'espressione utilizzata da T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in Saggi di diritto commerciale, Milano 1955, 116.

[108] Chiarisce T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., 116, che «finalità della concorrenza è quella di assicurare il trionfo del più degno economicamente; ammettere la liceità della concorrenza e perciò degli atti di concorrenza significa ammettere che la competizione tra imprenditori (nell'ambito nel quale è ammessa) costituisca un criterio per la scelta del più degno economicamente (scelta così affidata al giudizio dei consumatori) e perciò a promuovere il progresso economico».

[109] Così T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., 37, il quale aggiunge che l'assunzione da parte del consumatore del ruolo di giudice «non significa mancanza di limite o di disciplina o sanzione di un diritto del singolo a detta mancanza, ma indica un orientamento legislativo che suppone che la tutela del pubblico interesse allo sviluppo economico pur risulta dalla stessa competizione tra imprenditori, attraverso la scelta del consumatore».

[110] *Ibidem*.

[111] Così T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., 118.

professionalmente scorrette) quelle azioni concorrenziali che si traducono in modalità di offerta non valutabili criticamente da parte di un consumatore libero e consapevole».[112]

Se dunque la concorrenza è sleale (anche) quando l'impresa condiziona indebitamente le scelte dei consumatori allora la protezione del consumatore, quanto meno sotto il profilo della libera scelta del prodotto o del servizio – e dunque della propria autodeterminazione commerciale – diventa di riflesso uno degli elementi necessari al buon funzionamento del mercato.[113] In questo frangente non si tratta, infatti, della libertà di scelta del singolo, parte debole di uno specifico rapporto contrattuale, bensì dell'autodeterminazione commerciale di un consumatore «potenziale», astrattamente considerato,[114] spersonalizzato, espressione individua della generica massa dei consumatori.

In tal senso la protezione della libertà di scelta del consumatore si connota per il suo carattere di protezione *indiretta*[115] la quale, in considerazione di quanto messo in luce sin qui, si pone su un diverso piano rispetto alla tutela consumeristica *diretta*, intervenuta soltanto a partire dagli anni settanta a disciplinare i singoli rapporti di

[112] Cfr. M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, Europa dir. priv. 1999, 531-532.

[113] La figura del consumatore, nella concorrenza sleale, assume, infatti, la funzione di «metro di giudizio della liceità dei comportamenti considerati»: ciò accade in diverse fattispecie di concorrenza sleale, quali, ad esempio, la c.d. *confondibilità*, consistente nell'idoneità del comportamento del concorrente a produrre confusione nel consumatore; o ancora la c.d. *appropriazione di pregi* che è condotta consistente nell'idoneità a convincere il consumatore dell'appartenenza del pregio a impresa diversa da quella cui appartiene; e altresì la *comparazione*, funzionale a produrre discredito su una impresa concorrente presso il consumatore. L'aspetto caratterizzante tali ipotesi, pur diverse tra loro, è il fatto che il consumatore possa farsi un convincimento errato in relazione ai prodotti a lui offerti dall'imprenditore. Cfr. sul punto A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 131 s.

[114] La distinzione tra i due modi di considerare il consumatore si ritrova in G. B. Ferri, *Spunti in tema di tutela del consumatore*, in Saggi di diritto civile, Rimini 1992, 508, secondo cui, quando si esamina la normativa che tutela il consumatore «resta pur sempre da stabilire quale significato e quale valore si intendano attribuire alla parola «consumatore»: se quella di consumatore potenziale (e in questo caso i problemi del consumatore sono quelli generali dell'individuo che viva in una società tecnologica) oppure quella di consumatore che abbia acquistato effettivamente taluni prodotti (ed in questo caso i problemi del consumatore appaiono sostanzialmente quelli, più specificamente giuridici dell'acquirente)».

[115] Sul punto cfr. A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 131 s., secondo cui la protezione offerta dalla disciplina della concorrenza sleale può essere considerata da due punti di vista: «quello dei concorrenti dell'autore del comportamento illecito, il cui interesse è evidentemente leso (singolarmente o collettivamente) da quel comportamento, e protetto con le sanzioni dell'inibitoria e del risarcimento del danno; e quello del consumatore, il cui interesse a non essere ingannato, e quindi a scegliere in modo realmente libero e non disinformato, è a sua volta protetto dalla disciplina in esame». A tale proposito «si è detto e ancora si dice, generalmente, che le norme sulla concorrenza sleale proteggono direttamente gli imprenditori, e solo indirettamente il consumatore» (*op. cit.*, 132).

consumo[116] e alimentata dal cospirare delle due distinte tendenze, personalistica e mercatoria, che già sono state illustrate.[117] Tradizionalmente dunque, la tutela (diretta) del consumatore è stata avvertita quale disciplina estranea alla politica della concorrenza la quale, al contrario, solo indirettamente era in grado di tangerlo.[118]

3.2.2. - (*segue*) Le prospettive più recenti.

Ma le interazioni tra la tutela della libertà di scelta del consumatore e il diritto concorrenziale hanno acquistato nuovi equilibri in epoca recente. Progressivamente, infatti, l'attenzione riservata al consumatore si è accresciuta non soltanto grazie ai già ricordati accenti posti dalla Costituzione sulla persona, ma anche in virtù di un rinnovato interesse nei suoi confronti, come operatore razionale nel mercato. Il che è potuto accadere da che la stessa concorrenza è stata oggetto, negli anni ottanta, di un processo di rivalutazione, con conseguente necessità di prestare particolare attenzione a tutti gli elementi in grado di assicurarne il corretto dispiegarsi.

E ciò pressappoco nel medesimo periodo in cui anche le attenzioni, di ispirazione costituzionale, rivolte al consumatore come persona, hanno condotto a un maggiore interessamento nei suoi confronti da parte del legislatore. La coincidenza non è casuale: il consumatore, negli ultimi decenni del secolo scorso è divenuto il terreno sul quale da un lato insistevano le istanze sociali volte a favorirne la dimensione di soggetto mosso dai propri fabbisogni personali e disarmato di fronte a un imprenditore in posizione di forza; dall'altro, si riverberavano gli interessi di un ordinamento tutto teso a dettare le giuste regole del meccanismo della concorrenza, affinché esso fosse in grado di efficacemente operare.

[116] Sulle reciproche implicazioni tra disciplina della concorrenza e tutela del consumatore cfr. A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, 14 s., il quale fa notare come esse siano parimente obiettivo della Costituzione e delle istanze di derivazione comunitaria «che perseguono l'obiettivo del corretto funzionamento della concorrenza come mezzo per garantire non solo l'uguale libertà di iniziativa economica degli imprenditori che operano sul mercato, ma altresì la libertà di scelta individuale del consumatore che a tali operatori si rivolge per soddisfare i propri bisogni».

[117] A conferma della sopravvenienza della tutela che si è detta diretta, rispetto a quella indiretta, si ricordi che il riferimento al consumatore, del tutto assente nel codice del 1942, compariva però nella *Relazione al Re* n. 238 del Libro V del codice civile a commento dell'art. 531, relativo all'obbligo di contrattare del monopolista: «un tale principio», nell'intento del legislatore, «si impone[va] a difesa del *consumatore* come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale, per ragioni varie e non tutte contingenti [anda]va estendendosi». Il riferimento è tratto da G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 3

[118] Lo riferisce M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 242.

Tale rinnovato interesse per la concorrenza è stato favorito, tra la metà degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta, dal noto movimento di rilettura della Costituzione economica proteso al ripristino del primato del mercato.[119] Il quale movimento ha trovato emblematica espressione nella nuova interpretazione dell'art. 41,[120] funzionale a sottrarre allo Stato l'impronta dirigistica fino ad allora esercitata mediante imprese pubbliche, come tali non soggette al filtro selettivo della concorrenza.[121]

In questo contesto, ispirato dall'*allure* liberistica dell'Atto unico europeo del 1987, lo Stato ha assunto la funzione di mero regolatore del mercato, in virtù del riconoscimento della «utilità sociale della concorrenza oggettivamente considerata come istituzione, cioè forma di organizzazione dei rapporti economici».[122] Il che, ulteriormente, ha determinato l'identificazione dei «fini sociali, oggetto della riserva di legge prevista dall'art. 41 co. 3, nella valorizzazione delle intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere».[123]

L'esigenza di inaugurare nuove misure legislative coerenti con la suddetta finalità ha indotto il legislatore ad adottare regole in grado di assicurare il buon funzionamento del mercato, sia attraverso la repressione delle pratiche monopolistiche e degli abusi di posizione dominante – con l'elaborazione della nota legislazione *antitrust*

---

[119] Sul fenomeno si sofferma ampiamente L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in Scritti in onore di Pietro Rescigno, III Milano 1998, 535 ss., ora in L. Mengoni, *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, cit., 343 ss.

[120] Sul quale si veda da ultimo S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., 372, che, analizza la funzione dell'art. 41 anche alla luce delle recenti proposte di revisione dello stesso. L'Autore tratteggia il significato della norma costituzionale sintetizzandone il contenuto e osservando che «l'*incipit* della norma costituzionale conferma la prospettiva di lettura che muove dalla libertà di azione dell'individuo: «L'iniziativa economica privata è libera». Ai commi 2 e 3 tale libertà è poi regolata e temperata mediante la predisposizione, da un lato, di limiti c.d. negativi, che precludono lo svolgimento dell'attività economica in contrasto con l'utilità sociale, con la libertà oppure con la dignità umana e danno la stura a rimedi come la nullità, e, dall'altro lato, mediante l'imposizione di limiti c.d. positivi, che consistono nell'introduzione del principio della programmazione dell'attività economica per il conseguimento di fini sociali, sicché allo scopo dell'eventuale eliminazione degli atti in contrasto con tali fini si aggiunge quello dell'imposizione di obiettivi socialmente rilevanti».

[121] Rileva a tal proposito l'Autore testé citato che «in una fase successiva il diritto europeo si orienta in modo più consapevole nel senso della funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale. Esemplari al riguardo sono sia gli obblighi di informazione, che aggiungono al mero riequilibrio dell'asimmetria informativa del consumatore il fine della creazione di un mercato il più trasparente possibile, sia la disciplina sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, che tramite l'introduzione della tutela in forma specifica costituisce un incentivo per i venditori alla creazione di servizi post-vendita» (S. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, 12).

[122] In tal senso L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile,* cit., 344.

[123] *Ibidem.*

– sia garantendo libertà e razionalità delle scelte dei consumatori,[124] che si sono riconfermate fondamentali pilastri del meccanismo concorrenziale e perciò intimamente coinvolte dalla dinamica del mercato e meritevoli di tutela in funzione dello stesso. La loro protezione, che sotto questo profilo già si è detta *indiretta*, è giustificata, in particolare, dalla necessità di realizzare e mantenere un circuito virtuoso tra i bisogni dei consumatori stessi e la capacità delle imprese di migliorare progressivamente la loro offerta.[125]

---

[124] Così L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, 344 s.. Sul punto cfr. altresì S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea,* Europa dir. priv., 2005, 55. L'Autore, a proposito della previsione contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 che garantisce «un elevato livello di tutela dei consumatori», osserva come «la vaghezza della formula di nuovo conio … lungi dal rappresentare l'acme di un giacobinismo consumeristico … si potrebbe leggere come un consapevole rinvio alla costituzione materiale forgiata dal diritto di derivazione comunitaria che per l'appunto si va spostando lentamente dal puro protezionismo del consumatore quale soggetto debole ad un più sofisticato utilizzo della sua figura a fini di governo del mercato».

[125] Peraltro, le scelte dei consumatori - considerati nel loro astratto significato di operatori razionali del mercato - quali momenti funzionali al conseguimento dei suddetti risultati "macroeconomici", non hanno trovato, almeno finora, effettiva protezione in alcuno specifico luogo normativo pur quando così fortemente si è avvertita la necessità di garantirne la libertà. Delle stesse, dunque, si è occupata solo, a livello di singolo scambio, la legislazione che si è detta consumeristica. Si è già parlato a tale proposito di protezione *diretta* del consumatore, in contrapposizione con quella *indiretta*, offerta dal diritto della concorrenza.

Il significato della distinzione tra i due piani evocati di protezione del consumatore è stato avvertito anche in termini di distinzione tra *atto* e *attività*, il primo riferibile alla struttura del contratto, ossia al suo profilo statico, il secondo relativo all'attività e al profilo funzionale del comportamento, come tale svincolato dal singolo rapporto e proiettato in una dimensione dinamica in cui il consumatore diviene punto di riferimento atto a verificare la correttezza dei comportamenti della potenziale controparte. Così L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio*, cit., 704.

In tal senso si è espresso altresì L. Fiorentino, *Le pratiche commerciali scorrette*, Obbligazioni e contratti 2011, 166, il quale chiarisce che la disciplina ha introdotto un «importante mutamento di prospettiva: l'attenzione del legislatore si sposta dal singolo atto (il contratto) all' "attività", alla "pratica commerciale", cioè alla condotta d'impresa».

La distinzione ha un autorevole precedente in L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, cit., dove, pur non versandosi in tema di scelte del consumatore, ma trattandosi della libertà di iniziativa economica in rapporto con l'autonomia negoziale, si è detto che «l'autonomia negoziale qualifica un singolo atto, la libertà di iniziativa economica qualifica invece un'attività giuridicamente rilevante nel suo complesso, la quale si snoda in una serie concatenata di atti e di operazioni orientati a un risultato finale unitario, alcuni di natura materiale altri di natura giuridica, e fra questi anche atti di autonomia negoziale».

Se dunque, a fronte di istanze di impronta concorrenziale, l'unica forma di tutela apprestata ai consumatori è stata quella *diretta* (relativa all'*atto* di consumo), risulta evidente che il diritto secondo dei consumatori non può concepirsi come svincolato da preoccupazioni inerenti al mercato (sotto il profilo dell'*attività*).

Ritorna, alla luce di questa riflessione, il tema già trattato della *ratio* della tutela del consumatore, che, pur non scevra da risvolti di tipo personalistico, è indissolubilmente legata anche al momento concorrenziale. E ciò sia che si tratti di tutela indiretta, volta a garantire la libertà delle scelte del consumatore, come selettore dell'impresa più meritevole, sia anche che si tratti di tutela diretta,

In tale ottica, dunque, il consumatore è considerato soggetto attivo nel mercato, la cui libertà di scelta dev'essere garantita affinché la produzione assuma la direzione impressale dai bisogni spontanei delle persone: i quali debbono, in altre parole, indurre le imprese a innovare e migliorare la propria offerta di beni e servizi, al fine di conquistare una maggiore quota di domanda.[126] Ne deriva, come logica conseguenza, che se il consumatore opera scelte viziate, l'intero meccanismo ne risente, potendo risultarne privilegiati gli operatori meno meritevoli e svantaggiati coloro che offrivano prodotti migliori.[127]

La stretta interazione tra tutela della concorrenza e consumatore è dunque dovuta all'utilità che l'una trae dalla libera espressione della volontà dell'altro, cosicché attraverso la protezione del consumatore, si garantisce il gioco della concorrenza. Secondo il già richiamato circolo virtuoso.[128]

3.2.3. – Reciprocità della tutela.

Ma il rapporto tra concorrenza e consumatore può leggersi altresì nell'opposta direzione: non solo guardando al consumatore come strumento per garantire il corretto esplicarsi della concorrenza, ma anche, viceversa, attribuendo alla concorrenza la funzione di garantire il maggior benessere del consumatore.

---

relativa al singolo contratto, nella misura in cui, anche in questo modo, si orienta l'andamento dei rapporti di consumo, con conseguenti riflessi sulla posizione delle imprese nel mercato.

Questo ci si limita ad osservare senza, peraltro, voler mettere in ombra la linea interpretativa, di cui pure si è dato atto, la quale mira a proteggere il singolo consumatore in virtù del suo essere persona e della sua peculiare debolezza nei confronti del professionista: le due direttrici, come già si è messo in luce, cospirano, procedendo in parallelo, al fine di rispondere a istanze egualmente avvertite dall'ordinamento.

[126] Così M. Libertini, *Principi e concetti fondamentali del diritto* antitrust, in Manuale di diritto privato europeo a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto cit., 163 s.

[127] In tal senso cfr. Albanese, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in Hominum causa constitutum, cit., per il quale «l'efficienza del mercato *presuppone* … non soltanto una pluralità d'imprese in concorrenza tra di loro, ma altresì la piena trasparenza delle condizioni economiche praticate dai concorrenti e delle caratteristiche essenziali degli scambi da essi conclusi, che consentono a tutti gli interessati di ottenere, senza sostenere costi sproporzionati, le informazioni necessarie a valutare la convenienza dell'affare rispetto ad altre proposte».

[128] Invero per coloro che ritengono che anche le discipline consumeristiche siano rivolte unicamente alla tutela del mercato, il suddetto circolo virtuoso è preservato anche da quelle, e non solo dalla normativa concorrenziale.

La prospettiva, come già chiarito, può condividersi, purché ciò non significhi rinnegare l'indiscusso interesse della stessa anche nei confronti del consumatore come persona, essendo quest'ultima chiave di lettura necessitata dallo sviluppo in chiave personalistica dell'ordinamento, non solo italiano, favorito dalla tendenza delle Costituzioni di porre la persona tra i propri obiettivi principali.

E infatti, se è vero che la disciplina *antitrust* e, più in generale, il diritto secondo della concorrenza, è dichiaratamente rivolto alla tutela delle imprese, cosicché il consumatore diviene *mezzo*, attraverso le sue libere scelte, per il conseguimento dell'efficienza del mercato, non va dimenticato che la concorrenza riflette i suoi effetti positivi sullo stesso consumatore.[129] La tutela dell'una diviene dunque, inevitabilmente, tutela anche dell'altro, che dal mercato efficiente trae, com'è noto, indiscutibili vantaggi, in termini di prodotti e servizi più congeniali alle sue esigenze.

Tale reciproco porsi della concorrenza e del consumatore ha contribuito, addirittura, a diffondere la convinzione che la tutela del consumatore non sarebbe soltanto l'«oggetto conclamato del diritto dei consumatori»,[130] ma rappresenterebbe altresì il fine ultimo del diritto della concorrenza dalla quale, perciò, il consumatore sarebbe protetto non solo indirettamente come mezzo, ma anche direttamente quale scopo. Con l'ulteriore conseguenza che la condotta dell'impresa potrebbe qualificarsi anticoncorrenziale soltanto se produttiva di effetti pregiudizievoli per i consumatori.[131]

Non sembra peraltro che tale ultima conclusione possa essere condivisa. Pur non trascurando gli effetti positivi che può riversare sul consumatore, è però risaputo che la disciplina concorrenziale, nelle sue principali articolazioni (l'*antitrust* e la concorrenza sleale) è volta *direttamente* alla protezione delle sole imprese.[132] La questione è stata discussa in molteplici occasioni anche dalla giurisprudenza comunitaria, la quale,

---

[129] Il che, peraltro, non significa che fine ultimo della disciplina della concorrenza sia il consumatore. In tal senso si veda il contributo di C. Osti, *La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette*, Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino 2011.

Sul punto si vedano altresì i rilievi di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*[3], Milano 2006, p. 178, che osserva come «il pur indubbio rilevare di un costo aggiuntivo in capo al consumatore finale non può peraltro sottacere che la disciplina di cui è parola è dichiaratamente rivolta alla concorrenza, che, come tale, è categoria dell'impresa. E già da sempre il nucleo originario della disciplina della concorrenza, quello che riguarda la concorrenza sleale, è riconosciuto come proprio dell'impresa, sia relativamente ai soggetti delle condotte relative, sia riguardo ai soggetti che possono subirne le conseguenze rese rilevanti dal diritto».

[130] Cfr. M. Libertini, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, cit., 165.

[131] Cfr. sul punto il saggio di C. Osti, *La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette*, in Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, cit., 425 ss.

[132] Vero che la concorrenza giova anche al consumatore, essa però costituisce innanzitutto uno strumento necessario alle imprese che di essa costituiscono le principali protagoniste. In tal senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* cit., 186, nt. 157. Se ne deduce che se l'esclusione dei consumatori finali dalla tutela approntata dalla legge di protezione della concorrenza può in effetti rivelarsi eccessiva sotto un profilo di politica del diritto «è difficile sostenerlo *de iure condito*. … In ogni caso, … limitare alle imprese l'ambito di applicazione della disciplina *antitrust,* non significa escludere vie più proprie di tutela per le vittime ultime delle … pratiche vietate».

sembra attestata su una posizione tradizionale,[133] secondo cui violazione dei principi della concorrenza può darsi anche in assenza di danno per i consumatori, essendo necessario e sufficiente che essa abbia compromesso i rapporti tra imprese concorrenti.

I riflessi di questo dibattito si sono avvertiti, sotto altro profilo, nella *querelle* occasionata dalla giurisprudenza della Cassazione in materia di c.d. risarcimento del danno *antitrust*, che ha visto contrapposti chi[134] ha assunto che la normativa a tutela della concorrenza faccia sorgere anche un diritto soggettivo in capo al consumatore, come tale presidiato dal rimedio aquiliano, e chi[135] ha ritenuto, invece, che la concorrenza tutelando l'impresa, la violazione delle sue regole non possa risolversi in ingiustizia del danno subito dal consumatore.

Orbene, l'aver messo in evidenza i due piani, diretto e indiretto, in cui si sostanzia la protezione del consumatore ad opera, rispettivamente, del diritto dei consumi e di quello della concorrenza, agevola la regolazione dei confini tra i due "diritti secondi", e così consente di condividere l'idea per cui la concorrenza ha la specifica funzione di tutelare direttamente solo le imprese,[136] in un'ottica che, sotto questo profilo, si pone nel solco della tradizione.

Preso atto di ciò conviene allora ribadire che, nel suo interagire con la concorrenza, il consumatore è protetto soltanto *indirettamente* e come entità astratta: le sue scelte debbono essere libere per agevolare l'efficienza del mercato, ed esso è preso in considerazione quale operatore razionale, e non quale singolo contraente debole per ciò solo meritevole di tutela.

In tal senso, la tutela offerta al consumatore dal diritto secondo della concorrenza si sostanzia, infatti, nella cosiddetta *efficienza dinamica*, cioè nella

---

[133] Cfr. sul punto il saggio di C. Osti, *La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette*, in Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, cit., in particolare 434 ss.

[134] M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, Danno e responsabilità 2004, 933, e in seconda battuta, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, Danno e responsabilità 2005, 237 ss.

[135] C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, Danno e responsabilità 2004, 469 ss. e. in replica a Libertini, *Responsabilità civile* antitrust: *balocchi e profumi*, Danno e responsabilità 2004, 1165. L'Autore si è ulteriormente soffermato sul tema nel successivo *Sezioni più unite che* antitrust, Europa dir. priv., 2005, 444 ss.

[136] Per C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 186, «senza ombra di dubbio … i destinatari della disciplina di *tutela della concorrenza e del mercato* sono le imprese» all'Autore dunque «sembra difficile concepire la disciplina *antitrust*, quale essa è attualmente, come riferita oltre che ai concorrenti anche ai consumatori» (*ibidem* nt. 157).

perseguita attitudine delle imprese a costantemente migliorare la propria offerta.[137] Essa, pertanto, si pone in antitesi con quella strettamente consumeristica[138] nella quale, viceversa, il diritto regola il singolo scambio,[139] intervenendo affinché l'autonomia privata si esplichi senza abusi.

L'acclarata distinzione, peraltro, non preclude l'interazione.

E ciò in quanto, come già anticipato, la disciplina c.d. consumeristica è intervenuta, attraverso forme di tutela *diretta*, (non solo ma) anche a correggere alcune criticità di quella concorrenziale, quando ci si è resi conto che quest'ultima non era in grado di far fronte a distorsioni della stessa concorrenza che gli imprenditori ponevano in essere, abusando del proprio potere contrattuale nel singolo rapporto con il consumatore.[140]

4. Pratiche commerciali scorrette: diritto secondo dei consumatori o della concorrenza?

[137] Cfr. M. Libertini, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, cit., 163.

[138] In tal senso cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 180, secondo cui e innegabile che «la disciplina della concorrenza in generale sia volta a far sì che questa si svolga nel migliore dei modi, cosa alla quale non possono non avere interesse anche i consumatori».

[139] Tale condizione è ben rappresentata da A. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 134 ss., dove si chiarisce che «il consumatore «in quanto tale» manifesta un'esigenza strutturale di tutela, che prescinde da situazioni contingenti che possono impedirgli di trarre beneficio dal funzionamento concorrenziale del mercato».

[140] A tale proposito si veda la lineare ricostruzione di A. Albanese, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in Hominum causa constitutum, cit. Egli anzitutto osserva che «quand'anche il singolo contraente, proprio in ragione del particolare bisogno di consumo che lo induce a concludere il contratto, non abbia la concreta possibilità di vagliare alternative più convenienti, egli trarrà comunque vantaggio dalla competizione che induce i professionisti a offrire beni e servizi migliori a prezzi più bassi per ottenere la preferenza dei consumatori come massa indistinta e generica di soggetti. In questi casi il funzionamento effettivo della concorrenza consente ai soggetti potenzialmente interessati allo scambio di valutare comparativamente la convenienza delle diverse proposte»; aggiunge però che, salvo il caso di clausole che prevedono prestazioni sproporzionate, chiaramente individuabili «la mera conoscenza delle condizioni contrattuali … non è sufficiente a porre sul medesimo piano professionista e consumatore, né garantisce a quest'ultimo la possibilità di compiere una valutazione comparativa della convenienza del contratto, quando questa dipende non dal suo contenuto economico, ma dal regolamento convenzionale del rapporto. Le norme volte a promuovere la concorrenza e la trasparenza del mercato nel suo complesso … non riescono di per sé a proteggere i consumatori dal rischio di abusi da parte del professionista nel contenuto normativo del contratto …Si giustifica quindi un intervento normativo che dal piano «generale» dei meccanismi concorrenziali si estende a quello «particolare delle singole relazioni di scambio».

Dunque «neppure un sistema trasparente di concorrenza è di per sé in grado di evitare che le disparità di potere contrattuale si traducono in abusi che di fatto riducono il contratto a mera parvenza di autonomia, comprimendo in modo intollerabile la libertà della parte economicamente più debole e costringendola ad accettare condizioni inique. Si rende allora necessario un intervento del legislatore che riequilibri il rapporto tra i contraenti»: così Albanese, *op. cit.*, 23.

È necessario ora inserire nel quadro dei complessi rapporti tra diritto dei consumi e diritto della concorrenza le pratiche commerciali scorrette. Più precisamente, occorre comprendere se la normativa che a esse ha dato ingresso nel panorama europeo dia luogo a tutela *diretta* del consumatore[141] o viceversa a tutela *indiretta* in quanto volta a garantire soltanto il corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale.

Dicevo in partenza che la normativa *de qua* sembrerebbe, di primo acchito, porsi quale disciplina pan-consumeristica, orizzontalmente volta alla tutela del consumatore qualunque sia il contratto di consumo che egli stipula con il professionista. Dell'obiettivo di tutela su larga scala del consumatore si trova del resto eloquente riscontro proprio nel primo *considerando* della direttiva il quale rammenta che «l'articolo 153, paragrafi 1 e 3, lettera a), del trattato prevede che la Comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 95 del medesimo».[142] E l'inserimento nel codice del consumo della normativa di trasposizione della direttiva 2005/29/CE conferma l'ipotesi avanzata.

Ciononostante la protezione dei consumatori non sembrerebbe rappresentare l'unico obiettivo della disciplina in esame. Sempre dai *considerando* della direttiva si evince, infatti, che essa è volta altresì a tutelare (seppure «*indirettamente*»)[143] «le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale».[144]

Una simile considerazione sollecita l'interrogativo se la protezione del consumatore *in subjecta* materia possa davvero considerarsi interesse autonomo e principale del legislatore comunitario, o se, viceversa, a dispetto di quanto dichiarato dalla direttiva,[145] l'asserita tutela del consumatore nasconda in realtà la vera intenzione di garantire la più efficiente esplicazione del gioco della concorrenza (dal cui corretto svolgersi, come già illustrato, lo stesso consumatore trae indiscutibili vantaggi).

---

[141] Come dichiarato nel *considerando* n. 8 della direttiva.

[142] Non solo. Anche nei considerando successivi è più volte riproposto il riferimento alla tutela dei consumatori come uno dei principali obiettivi della normativa in esame (cfr. *considerando* n. 11 e n. 18).

[143] Così si esprime testualmente il *considerando* n. 8 della direttiva.

[144] Così il medesimo *considerando* n. 8.

[145] Cfr. il già citato *considerando* n. 1 della stessa direttiva.

Ad alimentare il dubbio che la disciplina in esame privilegi la tutela del consumatore solo in apparenza, contribuisce del resto l'assenza di alcuna previsione circa gli strumenti dei quali egli possa eventualmente avvalersi per ottenere ristoro a fronte di una pratica commerciale scorretta. La direttiva, infatti, tace in punto di rimedi, limitandosi a un del tutto generico rinvio alla disciplina interna ai diversi ordinamenti della quale, espressamente, consente l'applicazione.[146] E dunque sorge spontanea la domanda se possa considerarsi poi tanto protettiva del consumatore una normativa che allo stesso non fornisce alcuno strumento *ad hoc* per difendersi dalle condotte che, tanto puntualmente, sono descritte e vietate. Proprio il dettaglio con cui le pratiche commerciali scorrette sono delineate, infatti, mette in particolare risalto il suddetto vuoto normativo. Il quale sarebbe tanto più sorprendente, se di disciplina consumeristica in senso stretto si trattasse, in ragione della ormai consolidata (e già richiamata) attenzione del legislatore comunitario alle tutele più che alla fattispecie, specialmente nella materia del consumo, ove è particolarmente avvertita l'esigenza di proteggere «uno dei contraenti in considerazione della situazione *concreta* in cui questi opera»,[147] in quanto caratterizzata dal bisogno, e perciò da debolezza, rispetto all'altro contraente.

Non solo. L'assenza di alcuna previsione in merito ai rimedi ha l'inevitabile effetto di frustrare gli obiettivi di armonizzazione che la stessa direttiva si propone (peraltro anch'essi volti, in ultima analisi, a favorire il corretto esplicarsi del gioco della concorrenza).[148] E, infatti, se l'armonizzazione si limita al piano della fattispecie, senza coinvolgere quello delle possibili reazioni dei consumatori, ciascun ordinamento sarà

[146] Cfr. *considerando* n. 9 della direttiva 2005/29/CE secondo il quale «la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale. Non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale, ai diritti di proprietà intellettuale, agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti….».

[147] Sul punto cfr. Albanese, *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., 80.

[148] Secondo il considerando n. 3 della direttiva «le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali sono caratterizzate da differenze notevoli che possono provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno». La rilevata notevole differenza tra le legislazioni è quella che induce il legislatore comunitario a tentare la via della cosiddetta armonizzazione massima (o «piena», secondo le indicazioni di cui al considerando n. 15 della direttiva). L'obiettivo che si intende perseguire mediante un tanto elevato grado di armonizzazione è chiarito dal considerando n. 12 ai sensi del quale «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». Ciò costituisce ulteriore conferma del valore primario che la concorrenza riveste tra gli obiettivi della direttiva.

costretto a fare da sé, così rendendo vano il percorso di uniformazione intrapreso dall'Europa.[149]

A meno che - il dubbio torna a sollecitare - l'obiettivo europeo sia non già quello della tutela dei consumatori, ma quello, pur collegato al primo, della concorrenza. E allora la tutela uniforme di quest'ultima potrebbe essere resa effettiva anche attraverso soluzioni di *public enforcement*. A tale opzione ha dato attuazione, nel silenzio della direttiva, il nostro legislatore.[150]

Dalle succinte considerazioni che precedono emerge dunque la necessità di inquadrare innanzitutto gli effettivi intendimenti del legislatore comunitario all'adozione di una simile normativa, anche al fine di correttamente comprendere e poter giudicare l'omissione in punto di rimedi. E infatti se il bene giuridico oggetto di tutela fosse la concorrenza, nulla ci sarebbe da ridire circa l'assenza di previsione in ordine ai rimedi in capo al singolo consumatore: questi trarrebbe vantaggio indirettamente dal funzionamento efficiente del mercato, che dovrà essere presidiato (in effetti già lo è) da apposite misure di diritto pubblico.

Se invece il bene giuridico tutelando fosse il consumatore, la mancata previsione di rimedi di diritto privato si rivelerebbe evidentemente incoerente e contraddittoria:[151] ove vi fosse violazione della disciplina *de qua*, infatti, il consumatore si troverebbe costretto a cercare da sé, nel proprio diritto nazionale, gli strumenti per ottenere una tutela effettiva. Con il conseguente pregiudizio dell'armonizzazione piena, e l'inutilità del sacrificio imposto agli ordinamenti nazionali, costretti a cedere il passo alle ragioni

[149] Proprio in considerazione di ciò, si dice scettico sulla realizzabilità dell'obiettivo di armonizzazione piena che la direttiva si propone H. Collins, *Harmonization by example: European Law against Unfair Commercial Practices*, MLR 2010, 89 e ss., il quale conclude la sua ampia riflessione sul tema ritenendo che «Ultimately, given the divergency in national legal traditions and practices, complete uniformity seems an unlikely outcome», e ciò in quanto «the absence in the Directive of any determination of private law consequences of unfair commercial practices will permit considerable diversity to persist» (*op. cit*., 118).

[150] In tal senso può farsi riferimento alla normativa di diritto interno in materia di *Antitrust* la quale si serve principalmente di un sistema di *public enforcement*, a fianco del quale, peraltro fa salve «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV…», cfr. art. 33, l. 287/1990, relativo alla competenza giurisdizionale.

[151] Tanto più che il diritto europeo dei consumatori si è posto sin dall'inizio come «diritto rimediale», ossia diritto funzionale a rimuovere gli effetti pregiudizievoli attraverso una strategia che mira a stemperare la contrapposizione tra il diritto sostanziale da un lato e quello processuale dall'altro. Cfr. sul punto V. Zeno-Zencovich, *Verso un «diritto processuale dei consumatori*», in NGCC 2009, 271 ss.

del ravvicinamento, rinunciando alle proprie originali specificità, e per di più senza alcuna plausibile ragione.[152]

4.1. - Verso un'interpretazione della disciplina in chiave concorrenziale.

Questo essendo il nodo da sciogliere alcuni elementi della disciplina in esame inducono a ipotizzare che bene giuridico protetto dalla stessa sia l'efficienza del mercato, con la conseguente necessità di un più opportuno inquadramento della materia nel "diritto secondo" relativo alla concorrenza, piuttosto che in quello dei consumatori.

Dirimente ai fini dell'inquadramento appare la regola generale in materia di pratiche commerciali scorrette, e in particolare il secondo dei due elementi costitutivi della fattispecie ivi delineata. Ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, infatti, è vietata la pratica commerciale che sia, oltre che "contraria alla diligenza professionale", anche "falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Si tratta della più volte menzionata autodeterminazione del consumatore nel mercato, la quale, come già chiarito, non riguarda il singolo rapporto contrattuale, ma attiene a una dimensione "macroeconomica" il cui protagonista, non a caso, è il consumatore medio. L'espressione è già di per sé in grado di evocare il discorso ampiamente sviluppato finora in merito al ruolo che il consumatore assume nell'ambito del diritto secondo relativo alla concorrenza. Il consumatore medio, infatti, come è stato efficacemente chiarito, è un consumatore dotato di un ruolo solo potenziale, che «sta ad indicare un aspetto macroeconomico, non assumendo come riferimento l'agire del singolo nella sua individualità, ma l'agire del singolo come espressione della domanda in generale».[153]

Se ne trae, allora, che «le norme che vietano le pratiche commerciali scorrette non fanno riferimento a un concreto rapporto contrattuale funzionale a soddisfare

[152] Il XIII *considerando* della direttiva stabilisce che «per conseguire gli obiettivi comunitari mediante l'eliminazione degli ostacoli al mercato interno, è necessario sostituire le clausole generali e i principi giuridici divergenti attualmente in vigore negli Stati membri. Il divieto unico generale comune istituito dalla presente direttiva si applica pertanto alle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori».

[153] Cfr. L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit. 688.

bisogni attuali di consumo, ma mirano a impedire condotte che, essendo individuate in relazione alla loro astratta attitudine ad alterare la capacità di scelta del «consumatore medio», sono potenzialmente pregiudizievoli per un pubblico indefinito di soggetti, in quanto dirette alla commercializzazione, in via mediata o immediata, di prodotti comunque suscettibili di essere acquistati per scopi non solo privati ma anche professionali o misti».[154]

Quanto evidenziato sin qui porta a considerare la normativa in esame più affine a quelle che sono connotate come concorrenziali. La stessa formulazione della fattispecie generale, all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, evoca, del resto, i principali divieti in materia di concorrenza, il che favorisce, ulteriormente, una lettura di questa disciplina in chiave prima concorrenziale che consumeristica. In tal senso è agevole constatare che il richiamato art. 5 della direttiva, ai sensi del quale «le pratiche commerciali scorrette *sono vietate*», riecheggia in maniera evidente le fattispecie di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287. Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 2, co. 2 di detta disciplina «sono *vietate* le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza…»; mentre ai sensi del successivo art. 3, «è *vietato* l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».

All'affinità nella formulazione normativa corrisponde anche l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della competenza a pronunciarsi e a irrogare sanzioni, [155] in presenza di una pratica commerciale scorretta, con conseguente attribuzione alla disciplina di una chiara marca pubblicistica, già solo perciò lontana

[154] Cfr. Albanese, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in Hominum causa constitutum cit., 26, «in questi casi pertanto la tutela del consumatore non si realizza attraverso misure che incidono soltanto su singoli contratti connotati da determinate finalità, ma promuove in via generalizzata una maggiore trasparenza di tutti gli scambi».

[155] La rilevata affinità è funzionale a evidenziare lo stretto legame tra pratiche commerciali scorrette e diritto della concorrenza, il parallelo non intende però sussumere la fattispecie introdotta dalla direttiva 2005/29/CE sotto l'ombrello del diritto *antitrust*, affiancandola alle intese anticoncorrenziali o all'abuso di posizione dominante. In tali ipotesi, infatti, la *ratio* di tutela è quella di proteggere il «gioco normale» della concorrenza, sanzionando le ipotesi in cui concorrenza addirittura non c'è (impresa monopolistica o dominante il mercato) o viene "tolta di mezzo e si tratta di ristabilirla (intese)", cfr. sul punto R. Franceschelli, (voce) *Concorrenza sleale*, in Enc. Giur. Treccani, VII, Roma 1988, 3. Nella materia delle pratiche commerciali scorrette, viceversa, non si verificano ipotesi di limitazione o addirittura negazione della concorrenza ma, semmai, di conduzione scorretta della medesima, attraverso l'indebito condizionamento delle scelte dei consumatori. Per questo sembra più calzante il parallelo con la disciplina della concorrenza sleale, per cui cfr. *infra* § 4.3.

Quanto alla impronta pubblicistica attribuita alla normativa *de qua* dal conferimento di potestà sanzionatoria all'Autorità garante della concorrenza e del mercato si veda L.C. Ubertazzi, *Le PCS e il futuro dell'autodisciplina*, Il diritto industriale 2010, 376.

dalla regolazione dei rapporti tra privati cui il diritto dei consumi è improntato per natura.

Si comprendono allora, alla luce di ciò, e appaiono più coerenti, le considerazioni espresse dalla Commissione Europea nel *green paper* del 2 ottobre 2001,[156] che ha costituito il primo passo dell'*iter* che ha condotto alla normativa *de qua*. Tale *green paper*, nel distinguere chiaramente i diversi e possibili ambiti di protezione del consumatore, per un verso chiarisce che esso si occuperà principalmente della tutela dei suoi interessi economici,[157] per altro verso sottolinea che tale tutela è animata dall'intento di fondo di incrementare i traffici commerciali c.d. *cross border*, per conseguire l'effetto di aumentare la concorrenza tra le imprese e consentire il diffondersi di prezzi competitivi per beni e servizi.[158]

4.2. - (*segue*) Senza trascurare la prospettiva consumeristica.

Alla luce del suo inquadramento "concorrenziale" la disciplina, che sarà esaminata più approfonditamente nel prosieguo, potrebbe allora essere considerata erede, di fonte comunitaria, della già richiamata normativa sulla concorrenza sleale.[159]

Avremo modo di vedere, a tal proposito, che sia la norma generale, sia quelle di maggior dettaglio nelle quali si articola la direttiva 2005/29/CE, hanno come obiettivo primario quello del pulito formarsi della volontà del consumatore, sotto il profilo della capacità e della libertà di scelta. La quale libertà abbiamo visto rivestire notevole importanza per il corretto esplicarsi dei rapporti tra imprese, e perciò costituire obiettivo mediato anche della normativa codicistica sulla concorrenza sleale.

In tal senso è parso ad alcuno che le condotte vietate dalla direttiva in esame siano sovrapponibili a quelle che, ai sensi dell'art. 2598 n. 3, integrano la clausola generale della scorrettezza professionale[160] tra le quali deve ricomprendersi «qualsiasi

[156] COM (2001) 531 del 2 ottobre 2001.

[157] Così si esprime, infatti, la Commissione nel citato Green Paper: «*The EU dimension to consumer protection (here understood as the regulation of consumer economics interests and excluding health and safety matters and other connected concerns)* …».

[158] A pagina 9 del *green paper* si prende ad esempio il settore delle auto: «*The experience of cars shows that cross border shopping can have a powerful indirect competitive effect on national markets, as consumers put pressure on suppliers to match prices they can obtain elsewhere in the internal market*».

[159] Non invece di quella *antitrust* per le già segnalate peculiarità di quest'ultima che non mira a reprimere la slealtà della concorrenza, ma una sua alterazione mediante la diretta restrizione della stessa o addirittura la sua eliminazione.

[160] Sul punto A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 134, ritengono, con riferimento alla interpretazione del concetto di slealtà/scorrettezza introdotto dalla direttiva

comunicazione ingannevole [che] per definizione provoca una distorsione informativa che può incidere sul processo di scelta del consumatore e lede quindi quel principio di "sovranità del consumatore" che costituisce componente essenziale del modello di economia di mercato».[161]

Peraltro non può trascurarsi che il referente soggettivo delle due discipline è diverso:[162] l'ambito di esplicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette riguarda soltanto i rapporti tra professionisti e consumatori, cosicché ne restano escluse molte delle fattispecie considerate scorrette dall'art. 2598 n. 3 c.c., in quanto relative a rapporti tra imprese concorrenti.[163] Sotto tale profilo, più vicina alle pratiche commerciali scorrette sembra allora la disciplina della pubblicità ingannevole che, non a caso, è stata sostituita - nel codice del consumo in cui era originariamente inserita - proprio dalle norme di trasposizione della direttiva 2005/29/CE.

2005/29/CE, che «ci si potrebbe senza dubbio ricamare sopra non poco, ma la tesi più attendibile par essere quella che con tutte queste espressioni sia il legislatore italiano sia quello comunitario, abbiano sostanzialmente inteso riferirsi al concetto di slealtà così come è stato elaborato in materia di concorrenza sleale, o se si vuole, da noi, a quello di «correttezza professionale» di cui all'art. 2598 n. 3. Non può infatti ritenersi casuale o privo di rilievo il fatto che il legislatore italiano abbia scelto proprio queste parole, contenute nella clausola generale della disciplina della concorrenza sleale».

Peraltro gli stessi autori non possono trascurare di osservare che, al di là della comune avversione per le condotte scorrette, le due normative sono diverse: mentre, infatti, la disciplina sulla concorrenza sleale riguarda i rapporti tra imprenditori, quella sulle pratiche commerciali scorrette è specificamente dedicata ai rapporti tra imprese e consumatori. Il che evidente rende problematica una loro completa assimilazione.

Si veda altresì, al proposito, P. Fabbio, *Azione di classe* ex *art. 140-bis c.cons. e illeciti «concorrenziali»: ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, AIDA 2010, 389 ss.

[161] Libertini, *I principi della correttezza professionale*, cit. pp. 538 ss.

[162] La distanza tra concorrenza sleale e tutela del consumatore è messa in luce da R. Franceschelli, (voce) *Concorrenza sleale* in Enc. Giur. Treccani cit., 24, il quale, pur prendendo atto che «quello della protezione dei consumatori è problema molto vivo e discusso» ammonisce di non confondere i due piani, poiché «non si possono distorcere le norme sulla concorrenza sleale, dettate cinquant'anni fa per proteggere reciprocamente gli imprenditori nel loro competere nel mercato, a coprire un problema del tutto diverso, e cioè quello della protezione dei consumatori … il principio costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione non ha ancora trovato attuazione. Ed è certo che lo si dovrebbe fare. Ma con nuove norme e non leggendo in quelle esistenti quello che non c'è». Tale concezione, pur con i dovuti temperamenti (cfr. C. Castronovo, Antitrust *e abuso di responsabilità civile*, in danno e responsabilità, 2004, 469 nt. 3), resta attuale (cfr. sul punto A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 13, che illustrano come «la disciplina in esame … possa applicarsi soltanto quando l'atto posto in essere dal soggetto attivo ai danni del soggetto passivo sia appunto un atto «di concorrenza», il che per verificarsi presuppone che fra i due soggetti intercorra appunto un *rapporto di concorrenza*»). Essa dunque, non può dirsi superata per mera via di un'accresciuta sensibilità nei confronti del consumatore: quest'ultima, infatti, pur progressivamente accentuatasi, ha trovato riscontro non già nella normativa sulla concorrenza sleale, bensì ad opera di altra normativa, relativa alla pubblicità ingannevole, come chiarito dagli stessi Autori (*op. cit.* 132).

[163] Ad esempio, lo storno di dipendenti, la violazione di norme di diritto pubblico, il boicottaggio, la sottrazione di notizie riservate, le vendite sotto costo, il concorso nell'adempimento in altrui obbligazioni, secondo l'esemplificazione proposta da A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 138.

La materia della pubblicità ingannevole - che non è riducibile alla normativa strettamente consumeristica, giacché essa pure colloca il consumatore su di un piano astratto ed esterno rispetto a quello del singolo contratto - lo pone però al centro del proprio *focus*, così distinguendosi dalla precedente normativa concorrenziale che solo implicitamente s'interessava della sua libertà di scelta, senza menzionarlo come suo principale obiettivo, e con ciò palesandone la natura di mezzo, più che la dignità di fine. La disciplina sulla pubblicità ingannevole ha invece riconosciuto ed esplicitato la centralità del consumatore, con ciò anticipando la normativa sulle pratiche commerciali scorrette, che ancor più marcatamente lo pone al centro dei propri interessi.[164]

Il parallelo con la pubblicità ingannevole induce a considerare, dunque, un ulteriore aspetto della disciplina in esame che, diversamente dal tradizionale diritto della concorrenza - del quale pure condivide l'estraneità al singolo rapporto contrattuale e la prospettiva di sistema - esplicita il proprio legame con il consumatore, non limitandosi a regolare i rapporti tra professionisti per assicurarne la concorrenza leale, ma, al contrario, disciplinando i comportamenti che questi debbono tenere nei confronti dei consumatori.

Che tale attenzione non si risolva nell'attribuzione di diritti contrattuali al consumatore come parte di un singolo scambio, è già stato evidenziato in precedenza: ma ciò non legittima la messa in ombra del passo avanti, che pure è stato fatto, nel cercare di addivenire alla conciliazione tra ambiti normativi storicamente distanti, seppur connessi, e via via sempre più vicini.

4.2.1. - (*segue*) Il ruolo della buona fede nella mediazione tra i due diritti secondi.

Le considerazioni svolte suggeriscono di non mettere del tutto in ombra il fatto che la direttiva si professa orientata alla tutela dei consumatori. Ciò la distingue con

[164] Afferma a tale proposito V. Meli, (voce) *La pubblicità ingannevole*, Enciclopedia giuridica Treccani 2005, 3, che «A differenza della direttiva 84/450, la direttiva 2005/29 … rientra ormai a pieno titolo tra le iniziative adottate nell'ambito della protezione dei consumatori. Da ciò la separazione della tutela degli interessi diretti dei consumatori … da quelli diretti delle imprese». Sulla natura della tutela offerta dalla direttiva 29/2005 ai consumatori come tutela *diretta* si sono già espresse alcune perplessità, giacché la direttiva sembra doversi comunque inserire nel filone di protezione *indiretta* offerta dalla concorrenza. In ogni caso l'esplicito intendimento di porre la tutela del consumatore a principale obiettivo costituisce una novità nel panorama del diritto della concorrenza, giustificando quello che si dirà costituire un inedito ruolo di mediazione tra i due diritti secondi che giocano questa partita.

tutta evidenza rispetto alle altre normative proprie del diritto della concorrenza, cui essa appartiene, interessate principalmente a regolare i rapporti tra le imprese.

Del resto, che di tutela della concorrenza nel senso tradizionale del termine[165] non possa trattarsi, è altresì evidenziato dal fatto che, in un contesto in cui l'obiettivo è quello di incrementare l'*internal market* rendendolo circolo virtuoso di concorrenza, il *green paper* del 2001, cui si è già fatto cenno, considera come lo sforzo di abbattere le differenze legislative al fine di favorire la circolazione dei traffici possa giocare un importante ruolo «*in the strategy to bring the EU closer to its citizens*».

A ciò si aggiunga la considerazione per cui la direttiva è stata adottata in un panorama, quello europeo, nel quale alcuni ordinamenti, pur disciplinando la concorrenza sleale, prevedevano solo rimedi per le imprese, con un'evidente lacuna rispetto alle esigenze dei consumatori. Ne è conseguita la necessità di approntare a livello europeo una disciplina uniforme che colmasse tali lacune e che non fosse riferita alle sole imprese, ma anche ai consumatori.[166]

In considerazione di tale ultimo aspetto, sembra allora condivisibile l'inquadramento della normativa sulle pratiche commerciali scorrette tra quelle con funzione "tridimensionale", nel senso che essa mira, contemporaneamente, alla protezione dei consumatori, dei concorrenti e dell'economia di mercato.[167]

---

[165] Per una tradizionale definizione di concorrenza cfr. R. Franceschelli, *Concorrenza*, (voce) Enciclopedia giuridica Treccani, cit., 2 secondo il quale «sono concorrenti, o si trovano in concorrenza, due o più imprese che in un determinato periodo di tempo offrano (o domandino) o possano offrire (o domandare) beni o servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari, nel medesimo ambito di mercato attuale o immediatamente potenziale, ancorché la concorrenza risulti da un insieme di beni o di servizi fungibili tra loro o le imprese si valgano di elementi intesi a trasformare in offerta di monopolio l'offerta concorrenziale, sempre che tali elementi siano quelli che l'ordinamento giuridico riconosce in via specifica e tutela».

[166] Cfr. M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e Impr., 2009, 1, 73.

[167] Cfr. sul punto F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino 2010, 453. Si veda altresì la giurisprudenza amministrativa che, pronunciandosi in materia, ha chiarito come la tutela offerta dal Codice del consumo esiga un «bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto dei consumatori a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale, secondo la logica alla base del modello, pur esso di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio», cfr. TAR Lazio, 18 gennaio 2011, n. 448.

Significativa in tal senso è altresì la nota sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sez. I del 14 gennaio 2010, C-304/08, secondo cui «la direttiva 2005/29/CE realizza un'armonizzazione completa a livello comunitario delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori. Pertanto, come prevede espressamente l'art. 4 della medesima, gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva in parola, neppure al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori».

Questa prospettiva evoca del resto quella solo di recente illustrata per descrivere i profili imprescindibili di una moderna concezione della concorrenza: «Un tempo le discipline di tutela del consumatore non erano considerate parte integrante della disciplina della concorrenza nei mercati, ma piuttosto come discipline di protezione di interessi socialmente deboli (secondo un modello ideale simile a quello del diritto del lavoro). Oggi prevale invece l'idea che il mercato concorrenziale non avrebbe ragione di meritare la tutela che gli ordinamenti gli attribuiscono, se non consentisse di soddisfare quanti più bisogni possibile dei consumatori finali, e se questi non potessero liberamente scegliere di acquistare quei beni o servizi di cui avvertono il bisogno. Il tipo ideale della concorrenza come processo dinamico virtuoso si arricchisce così di un connotato essenziale: l'*effettiva* libertà di scelta del consumatore come fonte essenziale del dinamismo concorrenziale tutelato dalla legge».[168]

Risulta comprensibile, alla luce di quanto chiarito sin qui, che, pur strutturata secondo l'impronta delle discipline concorrenziali, la normativa *de qua* è orientata alla tutela del consumatore, ponendosi a mezza via tra i due evocati diritti secondi, quale tentativo di superamento della loro tradizionale distanza. Il tentativo di mediazione si è realizzato anche attraverso l'accento posto dal legislatore su uno dei principali criteri ispiratori del diritto contrattuale europeo (finora estraneo alla materia concorrenziale), ossia la buona fede.[169]

Assume particolare rilievo, in tal senso, il primo requisito di cui all'art. 5 della direttiva, ai sensi del quale una pratica commerciale è scorretta se è "contraria alla diligenza professionale": come avrò modo di chiarire più ampiamente nel prossimo capitolo, tale riferimento conduce direttamente alla buona fede, anche alla luce della definizione offertane dalla stessa direttiva.[170]

---

[168] Cfr. M. Libertini, *Concorrenza*, cit., 242.

[169] La quale, a conferma di ciò, si trova presente "allo stato diffuso" nei principi di diritto europeo dei contratti, cfr. sul punto C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti, Milano 2001, XXXIII. Sui diversi aspetti che contribuiscono a definire il ruolo della buona fede nel diritto europeo dei contratti cfr. G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, Europa dir. priv. 2000, 915 ss. il quale ritiene che coordinando «il testo dei Principi, le disposizioni delle Direttive e delle leggi nazionali di attuazione» e l'interpretazione giurisprudenziale «è possibile ricavare un significato costante della buona fede. Con essa si fa riferimento a un criterio integrativo del contenuto e ad un dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili». Sulla buona fede nel diritto europeo si veda F. Ranieri, *Il principio generale di buona fede*, in Manuale di diritto privato europeo, cit., 495.

[170] Alla lettera h) dell'art. 18 del codice del consumo si legge, infatti, che per diligenza professionale deve intendersi «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che

Scorretta è dunque la pratica che, oltre a essere idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio, sia posta in essere in maniera contraria alla buona fede.[171] Difficile è però comprendere, di primo acchito, il ruolo della buona fede nella normativa *de qua*. Essa, infatti, attiene tradizionalmente alla sfera privata dei singoli rapporti contrattuali, rispetto ai quali «si colloca sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario, perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica».[172]

Nessun intervento diretto della buona fede sul contratto sembrerebbe però consentire la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, la quale, come già chiarito, per un verso pone a carico del professionista solo divieti,[173] per altro verso è aliena dalla dimensione concreta del singolo rapporto, collocandosi, piuttosto, sul piano astratto segnato dal parametro del consumatore medio. E tuttavia, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, proprio la buona fede rende possibile la "trasfigurazione", altrimenti non consentita, dei divieti dettati dalla normativa *de qua* in obblighi, così aprendo il collegamento con il piano ulteriore dei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori.[174]

Il richiamo alla buona fede inoltre consente di filtrare entro la forma giuridica,[175] non solo del contratto in questo caso, ma anche più in generale del mercato, i valori di

---

ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista» (cfr. art. 18 lett. h).

[171] L'espressione, così ricondotta a coerenza, riecheggia quella notissima della direttiva 1993/13/CE in materia di clausole abusive, la quale ha posto la contrarietà alla buona fede (oggettiva), quale requisito per la valutazione della vessatorietà della pattuizione. Su tale specifico aspetto C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 28 ss. osserva come sia necessario «il recupero del testo [di attuazione della direttiva] mediante un'interpretazione antiletterale che lo intenda nel senso della direttiva europea …questo vuol dire che il significativo squilibrio, pur quando accertato, da solo non è in grado di tradursi in giudizio di vessatorietà della clausola, la quale tale potrà essere considerata solo se a tale conclusione induce la valutazione a stregua di buona fede» (*op. cit.*, 32).

[172] Così C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1986, 29.

[173] Valgano al proposito le considerazioni di C. Castronovo, Antitrust *e abuso di responsabilità civile*, cit., 470 s., secondo cui «derivare un diritto soggettivo o un'altra situazione giuridicamente rilevante dal divieto … significa operare un salto tra una fattispecie e un'altra di situazioni soggettive».

[174] Come si vedrà, i numerosi divieti dettagliatamente individuati dalla direttiva, potranno altresì essere letti quali obblighi di comportamento e di informazione a carico del professionista nei confronti del consumatore.

[175] L'espressione riprende quella di C. Castronovo, *L'avventura delle clausole* generali, cit., 29.

cui essa è portatrice. Quasi a ricordare che i rapporti tra imprese e consumatori, in un mercato che voglia risultare allo stesso tempo efficiente e conforme alle costituzioni nazionali, nonché ai valori espressi oggi dall'Europa, devono essere conformi a buona fede, solo così essendo assicurata la libertà della scelta e la soddisfazione dei bisogni degli acquirenti di fronte alle proposte molteplici dei professionisti.

La buona fede, dunque, non si limita a porsi quale consueto correttivo del singolo rapporto contrattuale, funzionale a garantire il contraente più debole dagli abusi che lo indurrebbero a una contrattazione non libera, ma assurge al ruolo di direttiva generale di comportamento per le imprese, rivelando in ciò la sua funzione valoriale.[176] La disciplina delle pratiche commerciali scorrette mira, in tal senso, a definire la «*qualità*» dell'attività economica, «come un a priori rispetto al contenuto e al regolamento dei rapporti giuridici che nell'ambito dell'attività vengono posti in essere»[177] e, per il tramite della buona fede, ulteriormente tende alla moralizzazione del mercato.[178]

Sotto questo profilo si spiega altresì la previsione di sanzioni per quei comportamenti nei quali, volta per volta, e a prescindere dai riflessi che essi abbiano sui

[176] Come noto, infatti, la buona fede si configura, tradizionalmente, quale clausola generale, con la precipua funzione di integrare la fattispecie attraverso il rinvio a *standard* sociali «riconoscibili come forme esemplari dell'esperienza sociale dei valori». In tal senso cfr. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv. 1986, 5 ss., ora in, *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, cit., 174, il quale chiarisce che «da norme di rinvio (ad altre norme) quali erano concepite all'origine, le clausole generali si sono trasfigurate in norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento, che il giudice deve concretizzare … in funzione di una tipologia sociale».

[177] Così M. Sandulli, *Sub* art. 39, in Codice del consumo. Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli 2005, 289: la considerazione viene riferita anche alle pratiche commerciali scorrette da L. Rossi Carleo, *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, in Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi, a cura di G. Alpa G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, Napoli 2010, 51.

[178] Di moralizzazione del mercato ha parlato anche L. Mengoni a proposito della direttiva 2000/35/CE in tema di *mora debendi* nelle obbligazioni pecuniarie, riferendosi all'attribuzione ai giudici del compito di elaborare «criteri di correttezza più avanzati di quelli correnti». Ne dà conto Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 24.

Sul ruolo della buona fede come mezzo per rendere operanti, nell'ambito di regolamenti contrattuali, valori e principi di rilevanza costituzionale, G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano 1997, 150 s. Chiarisce al proposito l'Autore che «il contenuto delle clausole generali (correttezza o buona fede, in testa) va determinato e precisato alla luce di quell'universo di valori portanti del nostro ordinamento che si rispecchia massimamente, ancorché non esclusivamente, nei fondamenti consegnati nel dettato della Costituzione, ivi compresi quelli desumibili dagli artt. 2 e 41».

Anche C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, cit., XL, osserva come la buona fede in senso tradizionale (in antitesi con la buona fede nei PDEC), sia portatrice «della morale sociale o dei valori sovraimposti dall'ordinamento».

singoli rapporti contrattuali, il giudice riscontrerà la violazione di *standard* sociali di comportamento, in tanto evocabili quali parametri di valutazione, in quanto la buona fede, come clausola generale, ne consenta l'utilizzo.[179]

5. - L'assenza dei rimedi.

Ne consegue un'ulteriore implicazione.

Da un lato, una volta svelati i reali obiettivi della direttiva, che si attestano sul piano astratto del mercato e della sua moralizzazione, piuttosto che su quello del singolo scambio, pare ovviabile il vuoto normativo in punto di rimedi. D'altro lato, in considerazione del dichiarato intento di tutela del consumatore e della funzione mediana che la normativa assume tra questo e la concorrenza, sembra in ogni caso auspicabile l'individuazione di azioni dallo stesso esperibili, e comuni all'Europa, per l'ipotesi in cui esso sia vittima di una pratica commerciale scorretta. Lo sforzo ancora da compiere da parte dell'Unione sembrerebbe dunque quello di attribuire ai consumatori validi ed efficaci strumenti che consentano loro di ottenere ristoro ove siano lesi da una condotta vietata dalla direttiva 2005/29/CE.

In mancanza resta necessario guardare per un verso al di qua dei confini per ponderare, *de jure condito*, quali siano gli strumenti di diritto interno più adatti all'uopo. Per altro verso pare opportuno volgere lo sguardo anche al di là dei confini nazionali,

[179] Per avere riprova della funzione attribuita alla buona fede dalla normativa *de qua*, basti esaminare l'orientamento assunto dai giudici amministrativi sul tema: «Al riguardo deve ritenersi che il rispetto della normativa di settore non valga a esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore. Un comportamento commerciale, quindi, può essere sanzionato pur in mancanza della violazione di una specifica disposizione volta a regolamentare il settore, dovendosi certamente escludere che [tale normativa di settore] possa avere l'effetto di esonerare il professionista dal porre in essere quegli ulteriori accorgimenti che, sebbene non espressamente prescritti, derivano tuttavia, dal più generale canone di diligenza professionale o di buona fede» C.d.S., 31 gennaio 2011, n. 720. Sul punto cfr. altresì la recentissima decisione C.d.S., 26 settembre 2011, n. 5363, dove si è statuito che «il nuovo sistema di tutela del consumatore dettato dal codice del consumo [è] orientato a colmare il *deficit* informativo esistente presso i consumatori, soprattutto in settori di attività caratterizzati da una particolare complessità dovuta alla continua evoluzione tecnologica … tale nuovo quadro di tutela del consumatore offerto dal Codice del consumo … viene a integrare gli ordinari strumenti di tutela contrattuale nonché quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori particolari … [richiedendo] ai "professionisti" l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da siffatte norme, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice. … Correttamente pertanto il giudice di primo grado ha ritenuto che gli obblighi di vigilanza e controllo [non positivamente contemplati da normative *ad hoc*]… trovino il loro fondamento nel canone di diligenza professionale stabilito dal Codice del consumo, definito alla stregua del normale grado di specifica competenza e attenzione che i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede».

per valutare se sia possibile *de jure condendo*, individuare soluzioni comuni – seppur autonomamente elaborate – ai diversi ordinamenti nazionali. Ciò anche in ragione degli obiettivi di armonizzazione che la stessa direttiva si propone.

5.1. - Rimedi e armonizzazione: profili problematici.

L'armonizzazione,[180] come noto, è strumento cui ricorre il legislatore comunitario al fine di ravvicinare le legislazioni dei diversi ordinamenti: «essa, se non significa unità per se stessa del diritto europeo (l'unità per l'unità), implica almeno l'istituzione di uno *standard* europeo di miglioramento, verso obiettivi comuni, dei singoli ordinamenti».[181] Per avere una conferma di ciò basta leggere il considerando n. 3 della direttiva 2005/29/CE, ove si afferma che precipuo scopo della normativa è quello di ravvicinare le legislazioni degli stati membri al fine di rendere più fluido il mercato unico.[182]

L'obiettivo di armonizzazione nella materia del consumo,[183] come noto, può essere realizzato a livello c.d. minimo, ossia lasciando liberi gli stati di adottare misure

[180] Sulla quale si veda A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, Europa dir. priv., 2003, 527 che chiarisce come «in primo luogo armonizzazione implica conciliazione delle principali culture giuridiche europee. Pertanto se a tal fine ciascuna cultura giuridica dovrà rinunciare a elementi non essenziali, aprendosi a un nuovo diritto comune, il nuovo diritto europeo non sarà tale se avverrà sacrificando il meglio delle tradizioni giuridiche che si candida a rinnovare e continuare».

[181] Cfr. A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 87 s. Per l'Autore, infatti, l'armonizzazione si caratterizza per una dualità, dal momento che essa trova «il suo miglior senso non tanto nel puro avvicinamento dei diritti europei, ma nell'avvicinamento verso obiettivi comuni».

[182] Secondo il considerando n. 3 della direttiva «le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali sono caratterizzate da differenze notevoli che possono provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno». La rilevata notevole differenza tra le legislazioni è quella che induce il legislatore comunitario a tentare la via della cosiddetta armonizzazione massima (o «piena», secondo le indicazioni di cui al considerando n. 15 della direttiva). L'obiettivo che si intende perseguire mediante un tanto elevato grado di armonizzazione è chiarito dal considerando n. 12 ai sensi del quale «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». Ciò costituisce ulteriore conferma del valore primario che la concorrenza riveste tra gli obiettivi della direttiva.

[183] Che, come risulta chiaro dalla lettura del *considerando*, è quel livello di armonizzazione c.d. "giuridico-tecnico" che un autore distingue dal livello c.d. regolamentare e da quello c.d. ideologico, e che è volto precipuamente all'eliminazione dei costi transattivi e altre complessità e ostacoli esistenti tra i diversi ordinamenti. Cfr., sul punto, T. Wilhelmsson, *The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law*, in The need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives (a cura di J. Smits), Groningen / Amsterdam, 2005.

maggiormente rigorose a tutela dei consumatori, o a livello massimo, ossia dettando regole inderogabili *in melius* per gli stessi. Mentre negli anni novanta il legislatore comunitario ha optato per l'armonizzazione minima nella materia consumeristica, essendo suo precipuo interesse quello di «fornire un'ancora di salvezza comune per i consumatori europei», [184] diversamente, nel nuovo millennio, è iniziata l'epoca dell'armonizzazione piena volta ad agevolare lo sviluppo dei traffici transfrontalieri, evidentemente ritenuti ancora troppo lenti nonostante la sempre più accentuata attenzione nei loro confronti.[185]

In coerenza con tale tendenza la direttiva 2005/29/CE ha inteso realizzare il livello massimo di armonizzazione, com'è agevole evincere dai suoi *considerando* e coerentemente con gli obiettivi che la stessa si è riproposta di realizzare. In tal senso, come ricorda una recente sentenza della Corte di Giustizia, «tenuto conto che la direttiva procede ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come prevede espressamente il suo art. 4, gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva medesima, neppure al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori».[186]

La scelta dell'armonizzazione massima operata dal legislatore comunitario conferma l'interesse della disciplina *de qua* per la protezione sia del consumatore sia della concorrenza, e non soltanto dell'uno o dell'altra. Infatti, se la direttiva 2005/29/CE fosse orientata al solo consumatore, non dovrebbe essere precluso ai legislatori nazionali di rafforzarne la tutela mediante previsioni più limitative per i professionisti. Viceversa intendendo la direttiva tutelare anche questi ultimi, essa ha voluto impedire che i diritti nazionali potessero introdurre limitazioni per essi più gravose rispetto a quelle dalla stessa già previste.

---

[184] Cfr. T. Wilhemsson, *Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?*, Riv. crit. dir. priv. 2009, 605.

[185] Di una tale tendenza è testimonianza evidente non solo la direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette che, come si vedrà, persegue obiettivi di massima armonizzazione, ma altresì il Libro verde per la revisione dell'*acquis* comunitario nella materia del diritto dei consumatori (Gazzetta Ufficiale C61 del 15 marzo 2006). Scettico nei confronti dell'armonizzazione massima applicata in via generalizzata nel diritto dei consumatori è J. Smits, *Full Harmonization of consumer law? A critique of the draft directive on Consumer Rights*, ERPL 2010, 5 ss.

[186] Sentenza 14 gennaio 2010, sulla quale cfr. altresì L. Minervini, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione Europea*, cit., p. 1169 ss..

Ma la direttiva che qui si esamina, pur tesa all'obiettivo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di operazioni commerciali tra professionisti e consumatori, presenta la già annunciata lacuna: quella dei rimedi. È vero che, secondo quanto illustrato, l'assenza dei rimedi non deve meravigliare, trattandosi di disciplina d'impronta concorrenziale, seppur finalizzata alla protezione del consumatore. E tuttavia, nel momento in cui le regole sono dettagliate dallo stesso legislatore in precisi divieti, suscettibili di essere letti, alla luce della buona fede, quali veri e propri obblighi a carico del professionista, non può negarsi che lo stesso consumatore - purché dal meccanismo impersonale della concorrenza si passi a quello personale del singolo contratto - dovrebbe poter reagire a fronte delle violazioni perpetrate ai suoi danni dal professionista.

Sotto questo profilo nulla dice il legislatore comunitario, con la conseguenza che ciascun ordinamento è tenuto a ricercare al proprio interno gli strumenti rimediali idonei allo scopo: il che, con tutta evidenza, produrrà l'effetto di mantenere gli ordinamenti tra loro distanti, almeno fino a quando essi non adotteranno regole comuni di diritto privato in grado di sopperire alle lacune del diritto dell'Unione.[187] Con conseguente frustrazione del richiamato obiettivo di armonizzazione massima auspicato dall'Europa, la quale ha realizzato la desiderata uniformità con esclusivo riferimento alla fattispecie, dovendo così sopportare le contraddittorie conseguenze di tale incompletezza.[188]

[187] Con la conseguenza che «tanto più il diverso grado di armonizzazione diventa rilevante e assurge a problema sistematico quanto più continua a mancare un quadro comune di riferimento, se si vuole una disciplina generale dei contratti»: così C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e* acquis *comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, Europa dir. priv. 2007, 289. Ad analoghe conclusioni sembra giungere M.B.M. Loos, *The influence of european consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization*, ERPL 2007, 531, che, evidenziando la difficoltà di un'armonizzazione spontanea del diritto privato in Europa, osserva come «in this respect the european Commission's idea to develop a Common Frame of Reference, which would establish common principles and terminology in the area of European contract law can only be welcomed».

[188] Si dice scettico sulla realizzabilità dell'obiettivo di armonizzazione piena che la direttiva si propone H. Collins, *Harmonization by example: European Law against Unfair Commercial Practices*, MLR 2010, 89 e ss., il quale conclude la sua ampia riflessione sul tema ritenendo che «Ultimately, given the divergency in national legal traditions and practices, complete uniformity seems an unlikely outcome», e ciò in quanto «the absence in the Directive of any determination of private law consequences of unfair commercial practices will permit considerable diversity to persist» op. cit., p. 118.

CAPITOLO II

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel codice del consumo: struttura e significato

SOMMARIO – 1. Introduzione. – 2. Struttura della disciplina. – 3. Fattispecie generale: il divieto di pratiche commerciali scorrette. Rinvio. – 3.1. – La contrarietà alla diligenza professionale. – 3.1.1. (*segue*) Il rapporto tra diligenza e buona fede. – 3.1.2. (*segue*) Diligenza e buona fede nelle pratiche commerciali scorrette. – 3.1.3. – Pratiche commerciali scorrette e obblighi di protezione. – 3.1.4. La centralità dell'obbligo d'informazione. – 3.1.5. Pratiche commerciali scorrette e obbligazione senza prestazione. – 3.1.6. - Il recupero del ruolo della diligenza nelle pratiche commerciali scorrette. – 3.2. – L'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. – 3.2.1. Il caso dell'omessa o tardiva cancellazione delle ipoteche a garanzia di mutui bancari. – 3.2.2. (*segue*) il presupposto dell'errore applicativo: un errore interpretativo.

1. – Introduzione.

Secondo quanto chiarito finora, la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette si colloca a un «crocevia sistematico»[189] poiché mette in evidenza lo stretto rapporto[190] che intercorre tra il rispetto delle regole della concorrenza da parte dei professionisti[191] e l'autodeterminazione dei consumatori[192] (nella duplice veste di operatori del mercato e di contraenti deboli) rivelandosi finalizzata a garantire parimenti l'uno e l'altra.[193]

---

[189] Così G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano 2008, 349.

[190] «*The reason for the overlap between consumer protection and competition law is that unfair marketing techniques employed by a business to increase its share of the market by duping consumers are likely to have an adverse effect on competitors. For example, a shop in the high street that falsely claims that it has reduced its prices as a result of a sale is likely to attract more customers, to the possible detriment of other shops in the high street*»: così H. Collins, *The unfair commercial practices directive*, ERCL 2005, 427.

[191] Sotto questo aspetto, la scelta del legislatore europeo di incidere su un così ampio terreno, comprensivo anche delle dinamiche concorrenziali, sembrerebbe poter rispondere all'esigenza, manifestata, in tempi ormai risalenti, di una concretizzazione della politica del diritto in materia di pubblicità commerciale consistente «da un lato nella formulazione di *standard* imposti all'osservanza obbligatoria degli operatori dell'*advertising*, che costituiscano al tempo stesso la serie dei criteri di giudizio in base ai quali valutare la liceità dei singoli messaggi pubblicitari e, dall'altro, nella determinazione di struttura e funzioni dell'apparato pubblico cui affidare poteri di controllo delle attività di *advertising* promosse dalle imprese» (G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in Riv. dir. comm. 1974, 314): il tema è trattato da G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale d'informazione,* Napoli 1990, 410.

[192] Sottolinea al proposito G. Guizzi, *Il mercato concorrenziale, problemi e conflitti*, Milano 2010, 318, che le disposizioni di cui alla direttiva 2005/29/CE, «pur se pensate come strumento di protezione dei singoli acquirenti di prodotti o fruitori di servizi dinnanzi a condotte che possono turbare il concreto processo decisionale e di scelta, [quelle disposizioni], proprio perché vietano all'impresa determinate modalità di sollecitazione e di induzione alle scelte di consumo, evidentemente rilevano

Sul presupposto dell'indagine già compiuta in ordine alla *ratio* (*rectius* alle *rationes*) della disciplina in esame, questo secondo capitolo si propone di metterne in evidenza gli aspetti più significativi, attraverso l'interpretazione delle norme di conio europeo, spesso tutt'altro che lineari nella loro formulazione.

L'analisi che ci si accinge a compiere mostrerà che le due *rationes* testé messe in evidenza trovano un preciso riscontro positivo già nella disposizione di apertura (art. 5 della direttiva), la quale, nell'articolare la fattispecie generale "pratica commerciale scorretta" nei due elementi costitutivi di cui si darà conto nel prosieguo, appalesa per il loro tramite il suo duplice intendimento.[194]

2. Struttura della disciplina.

La direttiva 2005/29/CE è stata trasposta nel nostro ordinamento[195] a mezzo dei decreti legislativi nn. 145[196] e 146[197] del 2 agosto 2007,[198] i quali hanno comportato

---

come regole disciplinatrici del corretto svolgimento del confronto competitivo, atteso che condotte di tal fatta – in un sistema di economia di mercato – assumono anche e innanzitutto il significato di atti di concorrenza».

[193] L. Fiorentino, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 167 parla, in tal senso, di *osmosi* tra la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina *antitrust* e osserva che «gli interventi in materia di pratiche commerciali rappresentano un importante strumento integrativo di tutela dei consumatori, nella consapevolezza che la liberalizzazione e la definizione di modelli astratti di concorrenza possono non essere sufficienti. In questi settori, gli interventi a tutela dei consumatori hanno mirato a ridurre lo squilibrio che sussiste tra le parti in relazione alla disponibilità ed alla intellegibilità di informazioni e conoscenze, che rappresenta senz'altro uno dei principali fattori distorsivi del mercato. Un'informazione imperfetta, infatti, può fare sì che anche mercati, che pure appaiono competitivi, si "comportino" in modo anticompetitivo».

[194] Basti anticipare che la lettura che si proporrà dell'art. 5 della direttiva intende valorizzare il primo elemento costitutivo della fattispecie "pratica commerciale scorretta" (testualmente definito in termini di contrarietà alla diligenza professionale) come momento espressivo dello specifico intento di salvaguardare il consumatore, riconosciuto formalmente come soggetto tutelato da questa disciplina; al secondo requisito si riconoscerà invece la funzione di far emergere la proiezione concorrenziale della normativa *de qua* la quale, come già si è illustrato nel primo capitolo, è attenta anche, e forse di più, a che la dinamica concorrenziale si svolga senza distorsioni.

[195] L'Italia è uno tra i paesi membri dell'Unione europea che per primi hanno recepito la direttiva 2005/29/CE. In particolare il nostro legislatore ha emanato i richiamati decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 entro il termine di trasposizione fissato dalla Commissione (in particolare dall'art. 19 della direttiva, rubricato *Recepimento*, secondo il quale «Gli Stati membri adottano e pubblicano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 12 giugno 2007. Essi ne informano immediatamente la Commissione e comunicano senza indugio a quest'ultima ogni eventuale successiva modifica. Essi applicano tali disposizioni entro il 12 dicembre 2007»).

[196] Il d. lgs. n. 145 del 2007 ha introdotto modifiche alla disciplina della pubblicità ingannevole, già vigente nel nostro ordinamento da che era stata recepita la direttiva 84/450/CEE, ed è diretto a tutelare specificamente i professionisti. Infatti, ai sensi dell'art. 1 rubricato *Finalità*: «1. 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. 2. La

l'introduzione di alcune modifiche al d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, in particolare agli articoli dal 18 al 27 *quater*.

Prescindendo, almeno per ora, dalle minuziose definizioni (di cui all'art. 18 cod. cons.)[199] con cui si apre la disciplina, che costituiscono il necessario "strumentario" per

---

pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta». A scanso di equivoci, i "professionisti" menzionati dalla norma riportata non sono i concorrenti di quel professionista che diffonde il messaggio ingannevole, ma sono coloro che, nell'esercizio della loro attività imprenditoriale o commerciale, entrano in rapporto con lui, abbisognando dei suoi prodotti o servizi. Quelli richiamati essendo gli intenti della normativa, essa è stata espunta, com'è logico che fosse, dal codice del consumo, dove inizialmente era stata inserita.

[197] Il d. lgs. n. 146 del 2007 ha invece introdotto nell'ordinamento la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette modificando gli articoli dal 18 al 27 del codice del consumo che, dunque, ne risulta fortemente innovato rispetto alla originaria formulazione.

[198] Sulla scelta del nostro legislatore di tenere rigorosamente distinte la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella sulla pubblicità ingannevole, di cui a richiamati decreti legislativi, cfr. G. De Cristofaro, *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. ed il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, AIDA 2008, 195 ss.: l'Autore, dopo una sintetica ma dettagliata panoramica sulle scelte dei diversi ordinamenti in sede di recepimento, osserva come «le strade imboccate dai legislatori nazionali sono state diverse, ed estremamente variegate sono state le modalità con le quali è stato affrontato e risolto il problema del rapporto fra il regime normativo generale della pubblicità e la regolamentazione delle pratiche commerciali fra professionisti e consumatori, e con le quali l'uno e l'altra sono stati coordinati e raccordati con i provvedimenti normativi recanti una disciplina generale della concorrenza sleale e/o della tutela dei consumatori eventualmente già esistenti negli ordinamenti interni degli Stati membri. In questo contesto, la soluzione adottata dal legislatore italiano presenta una indubbia originalità» (*op. cit.*, 199). L'originalità, in estrema sintesi, sarebbe data dal fatto che mentre la "parte sostanziale" delle due discipline delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole sono separate l'una dall'altra, così rispecchiando gli intenti del legislatore comunitario, che le ha volute diverse e autonome, «non altrettanto può dirsi della parte «procedimentale» e «sanzionatoria» La competenza ad accertare la violazione dell'una e dell'altra disciplina e ad adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori e inibitori è stata infatti attribuita alla medesima Autorità» (cfr. *op. cit.*, 201).

[199] Osserva correttamente G. de Cristofaro (*Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. ed il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, cit., 211) che le numerose definizioni, di cui all'art. 18 cod. cons., formulate in tendenziale aderenza al testo della direttiva, non sono però coordinate con quelle già contenute nel codice del consumo, il quale, dunque, palesa anche in ciò la sua distanza dai codici dell'età moderna. Questi ultimi, infatti, sono giustificati innanzitutto da una ragione storica articolata «nella necessità di unificazione della legge e nell'esigenza di sistema. La prima risponde al passaggio dalla molteplicità all'unità dei territori ai quali il codice è destinato o dalla molteplicità delle fonti alla loro tendenziale unità, o ad ambedue i fattori. La seconda all'esigenza che il tutto avvenga in maniera ordinata, che cioè l'unificare significhi in pari tempo eliminazione delle disarmonie e coerenza del tessuto normativo che si costruisce»: così C. Castronovo, *Savigny i moderni e la codificazione europea*, Europa dir. priv. 2001, 223. A tale coerenza non sembra evidentemente interessato il legislatore del codice del consumo, nel momento in cui nemmeno si accorge (o ancor peggio, accorgendosene non se ne preoccupa) della duplicazione di definizioni o comunque del loro mancato coordinamento. Il motivo di questa disattenzione è forse da ravvisarsi - senza che ciò valga come una giustificazione - nella diversa funzione che hanno assunto i codici contemporanei, i quali, proprio in ragione della loro distanza con i precedenti, sono stati definiti «codici dell'età post-moderna»: cfr. sul punto la classificazione di R. Senigaglia, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistemica*, in Europa dir. priv. 2006, 137 ss. Questi ultimi propongono un nuovo modello di codice (con cui si identifica anche il codice del consumo), il quale «è diverso da quei *Codici simbolo*, dotati di un plusvalore storico e politico, che pongono definitivamente fine ad un *prima* per inaugurare un *poi*, stabile e duraturo … [essendo piuttosto] il prodotto di un'attività di consolidazione, la quale si inserisce, *ordinandolo*, nel processo di differenziazione intrasistemica. Esso garantisce il raccordo tra

la sua interpretazione, e altresì tralasciando la delimitazione del suo ambito di applicazione (di cui all'art. 19 cod. cons.), che già si è detto essere straordinariamente vasto,[200] occorre dar conto, seppur brevemente, della struttura della normativa di cui si sta discorrendo, anche al fine di meglio comprenderne il significato e le modalità applicative, e così di vagliare, seppur in un momento successivo, le possibili soluzioni in termini di rimedi.

A tale proposito è agevole constatare che la disciplina in esame si articola in una pluralità di fattispecie tra loro combinate in una insolita struttura a piramide, costituita da una clausola generale (art. 20 cod. cons.),[201] che detta i requisiti essenziali che una

---

l'operatività del paradigma della differenziazione e quello dell'autoreferenzialità del sistema» (*op. cit.* 184).

[200] In tal senso osserva L. Rossi Carleo, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, Milano 2007, 9-10, che nel considerando n. 5 della direttiva «è bene evidenziato il cambio di prospettiva che si intende determinare e che supera la incondizionata (e quasi esclusiva) fiducia nelle categorie economico-sociali per attribuire al diritto il suo ruolo ordinante, assumendo la consapevolezza della necessità di «chiarire alcuni concetti giuridici». Si passa quindi dalla specificità e specialità delle regole, che hanno caratterizzato la frammentarietà della disciplina precedente, alla generalità di una direttiva quadro che, pur dovendo trovare, in teoria, applicazione solo nei casi in cui la disciplina di settore non contenga norme specifiche, si pone come strumento determinante nella costruzione di un diritto uniforme».

[201] La maggioranza dei commentatori definisce l'art. 20 cod. cons. come clausola generale, senza particolari riflessioni sul punto. Qualche perplessità sembra affiorare in M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e Impr., 2009, nt. 1, il quale però conclude per la idoneità della categoria a descrivere la suddetta norma. Non parla di "clausola generale" ma di divieto avente carattere generale F. Lucchesi, *Art. 20 cod. cons.*, in Codice del Consumo – Aggiornamento Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva, a cura di G. Vettori, Padova 2009, 36.

Come autorevolmente chiarito, le clausole generali sono qualificabili come "norme di direttiva" in ragione del fatto che esse «delegano al giudice la formazione della norma concreta di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale» Cfr. L. Mengoni, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv. 1986, 13.

Ponendosi nel solco di tale riflessione, si sofferma sulla natura di clausola generale dell'art. 20 cod. cons. V. Meli, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, AIDA 2008, 258 ss., il quale, dopo avere richiamato a propria ispirazione il citato Maestro, e alla luce della definizione che Egli ha elaborato, rileva come sia necessario «espungere dall'analisi [che egli intende condurre] i riferimenti al «consumatore medio», alla peculiare «vulnerabilità» di determinati gruppi di consumatori, alla «chiara individuabilità» di tali gruppi … questi non evidenziano, infatti, norme incomplete nel senso sopra richiamato: per tradurre tali riferimenti in decisione concreta l'interprete non è chiamato a formulare giudizi di valore, ma solo ad accertare una realtà, con metodologie tratte da altre scienze, quali la statistica, la sociologia, la psicologia …». Operate tali espunzioni, l'Autore citato rileva come «la direttiva 2005/29/CE, anche nella sua parte dedicata alle pratiche scorrette in generale, ha ridotto al minimo il ricorso a vere e proprie clausole generali». E infatti egli ritiene che «una sola clausola generale in senso stretto [possa] esservi individuata, e cioè la contrarietà alla diligenza professionale. In verità … anche l'altro elemento che concorre a definire una pratica commerciale scorretta, e cioè l'idoneità a falsare «in misura apprezzabile» il comportamento economico del consumatore present[a] caratteristiche che l'accostano a una clausola generale»: in sintesi, per Meli, l'unica clausola generale (*rectius* coniugio

certa condotta deve presentare per poter essere qualificata come pratica commerciale scorretta, e da successive norme di dettaglio che, come si vedrà nel prosieguo, assumono diversa valenza in ragione del loro rapporto con la regola di base.

Si tratta, innanzitutto, delle pratiche commerciali ingannevoli (nella forma commissiva di cui all'art. 21 cod. cons. e in quella omissiva di cui all'art. 22 cod. cons.) e delle pratiche commerciali aggressive (di cui all'art. 24 cod. cons., come ulteriormente dettagliate nel «ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento» all'art. 25 cod. cons.), le quali sono state definite quali *small general clauses*[202] in ragione del loro carattere di clausole generali di minore ampiezza rispetto a quella di cui all'art. 20.

A esse si aggiungono le cosiddette *black lists* che, emulando la tecnica già sfruttata per la c.d. lista nera delle clausole abusive, di cui alla direttiva 1993/13/CE, prevedono una serie di condotte tassativamente[203] individuate e qualificate come "in ogni caso scorrette" (artt. 23 e 26 cod. cons.).[204]

Al fine di spiegare perché il legislatore comunitario abbia affiancato alla disposizione di base di cui all'art. 20 cod. cons. la straordinariamente articolata disciplina di cui si è detto,[205] sono state formulate diverse ipotesi, aventi altresì la pretesa di fornire indicazioni in merito all'applicazione concreta della normativa *de qua*.

---

di due clausole generali) è contenuta nell'art. 20. Se rispetto alla "idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio" tale giudizio può essere condiviso, viceversa alcune perplessità sorgono in merito alla qualificazione come clausola generale della "contrarietà alla diligenza professionale": sul punto cfr. *infra*, note 39 e 100.

[202] Così H. Micklitz, *The General Clause of Unfair Practices*, in Howells-Micklitz-Wilhemson, European fair trading law, Ashgate, Aldershot (UK), 2006, 84.

[203] In tal senso cfr. F. Piraino, *Diligenza*, *buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 1119.

[204] Tali previsioni erano contenute, originariamente, in un unico allegato alla direttiva (Allegato I) diviso in due parti, l'una dedicata alle pratiche ingannevoli e l'altra alle pratiche aggressive: tutte tali pratiche erano – e sono – accomunate dal fatto che, per esse, non è ammessa la prova contraria del professionista, al quale dunque non resta che dimostrare che la condotta posta in essere non corrisponde con quella vietata. Ricorda a tale proposito L. Di Nella, *prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, Contratto e impresa. Europa 2007, 44 che «in tal senso depone il *considerando* n. 17, il quale afferma che l'Allegato I riporta l'elenco completo "delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare in ogni sleali senza una valutazione caso per caso in deroga alle disposizioni degli articoli da 5 a 9". L'elenco può pertanto essere considerato come lista nera delle pratiche commerciali vietate *tout court*».

[205] La normativa *de qua*, a cagione della sua articolazione, che si snoda su tre livelli, è definita «*threefold structure*» da H. Micklitz, *The General Clause of Unfair Practices*, cit., il quale, nell'indagare le ragioni, invero poco chiare, delle scelte del legislatore comunitario, si pone principalmente tre interrogativi: il primo relativo alla funzione dell'art. 5 della direttiva rispetto alle previsioni delle norme successive; il secondo in merito alla sussistenza di aree di non piena sovrapponibilità tra "big general clause" e "small general clauses"; il terzo funzionale ad appurare se le pratiche commerciali "in ogni caso scorrette" necessitino comunque di una valutazione alla luce della clausola generale di cui all'art. 5.

La normativa di dettaglio è stata interpretata per lo più come introduttiva di regole speciali rispetto alla norma generale, alla quale, dunque, dovrebbe attribuirsi la qualificazione di clausola generale con valore residuale, come tale funzionale a un adattamento progressivo alle diverse e mutevoli esigenze del reale.[206] Secondo tale opinione basta che ricorrano gli elementi costitutivi individuati dalle norme successive alla clausola generale per affermare senz'altro la sussistenza di una pratica commerciale scorretta, indipendentemente da alcuna verifica circa il ricorso degli elementi costitutivi di cui all'art. 20 cod. cons.

In senso opposto, le articolazioni introdotte dagli artt. 21 e ss. cod. cons. sono state considerate alla stregua di applicazioni particolari, con funzione di arricchimento ed esplicazione, della clausola generale, della quale rappresenterebbero, pertanto, mere esemplificazioni, funzionali ad agevolarne l'attuazione concreta.[207]

Mentre secondo la prima interpretazione, la clausola generale ricoprirebbe, dunque, una funzione soltanto marginale, e troverebbe concreta applicazione quale *extrema ratio* per far fronte alla difficoltà del legislatore di prevedere e disciplinare ogni possibile ipotesi di comportamento scorretto da parte del professionista, viceversa per la seconda interpretazione l'art. 20 cod. cons. conterrebbe una norma in grado di individuare compiutamente il significato della fattispecie pratica commerciale scorretta,

---

Non essendo interesse principale di questo scritto l'analisi della struttura della disciplina risulta difficile, e sarebbe fuorviante, soffermarsi sulle problematiche messe in luce dall'Autore e dallo stesso approfondite nella sua ampia trattazione. I numerosi interrogativi che egli si pone danno però la misura della difficoltà che gli interpreti hanno incontrato nell'approccio con questa nuova normativa, che, per dirla con Micklitz, «has not provided any guidance on the possible consequences which will result from the threefold structure – in particular of the role and function of Article 5 – the so-called "big" general clause» (*op. cit.*, 86).

A riprova della difficoltà di regolare una matria tanto complessa si consideri che, prima dell'adozione della direttiva in esame, alcuni autori si erano confrontati sulla struttura che avrebbe potuto avere una eventuale disicplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette, ipotizzando diverse soluzioni. Si veda, per alcuni cenni, la recensione di R. De Vrey a *Hugh Collins (ed.)*, The forthcoming EC directive on Unfair commercial practices: contract, consumer and competition law implications, ERPL 2005, 611.

[206] In tal senso si è espresso G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori, cit., 116 s., e altresì C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori*, cit., 777, per il quale, con l'art. 5 (ora 20 cod. cons.) la direttiva ha posto una « "norma di chiusura" che determina i presupposti nel cui concorso una «pratica commerciale» – seppur non ricompresa nella "lista nera" e neppure tecnicamente riconducibile nel novero di quelle «ingannevoli» o «aggressive» – deve purtuttavia qualificarsi «sleale» (o «scorretta»): dunque, «vietata».

[207] In tal senso cfr. M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. 74 che precisamente intende «la norma generale come norma fondamentale dell'intera materia e le norme di dettaglio come applicazioni particolari della disposizione di principio (secondo lo schema logico "norma (generale) fondamentale / norme applicative (o indicazioni esemplificative)"».

così assurgendo al rango di regola fondamentale dell'intera disciplina, rispetto alla quale le altre fungerebbero da mere precisazioni, funzionali ad evitare che l'ampiezza della clausola generale si trasformi in una ragione di disparità tra i diversi ordinamenti chiamati a colmarla di significato,[208] con conseguente frustrazione dell'obiettivo di armonizzazione massima che la direttiva si è proposta. La prima verifica, in sede di applicazione, dovrebbe avvenire perciò, secondo questa tesi, mediante la sussunzione del caso sotto la norma di base, e solo eventualmente, in caso di dubbio, potrebbe darsi spazio all'applicazione delle norme di dettaglio.[209]

Traendo spunto dalle tesi richiamate può osservarsi che, per un verso, non si può negare che l'art. 20 cod. cons. detta i principi generali di tutta la normativa e che, in ragione della sua brevità e della sua semplicità, è in grado di indicare immediatamente all'interprete i requisiti in assenza dei quali non può considerarsi sussistente la scorrettezza della pratica commerciale. Tuttavia, a causa della sua generalità e genericità, lo stesso art. 20 può anche generare dubbi in ordine alla sussumibilità sotto di esso di determinate condotte. Pertanto si rivela parimenti decisivo l'intervento delle *small general clauses*, poiché esse, a ben vedere, se nulla di specializzante aggiungono alla norma generale, però utilmente ne estrinsecano il significato, sicché difficilmente

[208] A mezzo delle due interpretazioni ve n'è una terza, la quale ritiene le diverse norme in cui la disciplina si articola tra loro equiordinate con la conseguenza che la clausola generale può essere utilizzata quale norma atta a risolvere eventuali problemi interpretativi che possano sorgere a riguardo delle norme speciali, le quali ultime darebbero luogo a una presunzione assoluta di illiceità della pratica. Per tale tesi si veda in particolare Micklitz, *The general clause of Unfair Commercial Practices*, cit. Nel prendere atto di tale ulteriore interpretazione M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. p. 74, considera come essa non si discosti di molto da quella, più invalsa, secondo cui la fattispecie generale di cui all'art. 20 avrebbe valore soltanto residuale.

[209] A tale proposito si è ritenuto che «in ultima analisi, il dilemma interpretativo in materia di pratiche commerciali scorrette si concentra sulla preferibilità o meno di un'interpretazione strettamente letterale delle disposizioni che prevedono singole ipotesi di pratiche commerciali scorrette ("liste nere"), nonché delle disposizioni intermedie, a fronte della possibilità di un'interpretazione teleologica delle stesse, alla luce della clausola generale». Cfr. M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e Impr., 2009, 1, 73. A giudizio di tale Autore l'interpretazione teleologico–sistematica sarebbe da preferire in quanto consentirebbe un'interpretazione omogenea della disciplina. In tale ottica si chiarisce peraltro che un'interpretazione teleologica non avrebbe l'effetto di svuotare di significato le norme di dettaglio. Esse costituiscono attuazione – già in sede legislativa – della clausola generale e come tali assumono il rilievo di presunzioni relative, non già assolute, di scorrettezza della pratica commerciale. Ciò comporta che tali presunzioni potranno essere vinte dalla prova della mancanza dei requisiti di cui alla clausola generale, la quale, costituendo la guida di tutta la disciplina non può che prevalere, in caso di conflitto, sulla disciplina di dettaglio.

potrà parlarsi di una funzione di primo piano di queste ultime e solo residuale della prima, o viceversa.[210]

Si tratta, in altre parole, di un'integrazione reciproca tra la norma generale e le successive norme di dettaglio,[211] funzionale a fornire agli interpreti provenienti da diverse culture giuridiche un quadro il più possibile completo, del quale sia possibile un'applicazione uniforme.[212] Non va infatti dimenticato che la normativa introdotta dalla direttiva 2005/29/CE si propone come principale obiettivo la massima armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri nella materia *de qua*, e, pertanto,

[210] La chiarificazione e l'esemplificazione si rendono necessarie in quanto, come già illustrato, la disciplina pone a proprio fondamento clausole generali: prima e principale tra queste, quella di buona fede. A tale proposito, osserva H. Collins, *The unfair commercial practices directive*, cit., 421 che «*The need to address this concerns about the vagueness of the general standard explains much of the subsequent detail of the Directive. We can identify three strands in the endeavour to render the general standard more predictable. First, the Directive contains unusually detailed definitions of its terms, including the concept of unfairness as described above. Second, the Directive identifies two principal kinds of unfair commercial practice, namely misleading information and aggressive commercial practices, and defines these concepts in some detail … Third, the directive contains in Annex 1 a list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair*».

Scettico in ordine all'utilità e all'opportunità di avvalersi delle clausole generali nella materia *de qua*, e, più in generale, in un diritto europeo che tenda all'armonizzazione, è altresì V. Meli, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, cit., 262, a dire del quale «se può dirsi, fermandocisi ad un grado di estrema generalizzazione, che nell'ordinamento interno le clausole generali servono a concedere margini di flessibilità all'interprete, proprio tale fine appare incompatibile con l'esigenza di armonizzazione nel perseguimento del fine unitario del conseguimento degli obiettivi comunitari». Per opinioni in parte contrastanti si veda *supra*, nota 13.

[211] Precisa a tale proposito L. Di Nella, *prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 45, che «la particolare struttura di questa normativa e il quadro dei principi di riferimento in cui essa va collocata inducono a precisare che i vari livelli sono connessi tra loro in modo inscindibile. L'individuazione dei contenuti della clausola generale si può realizzare compiutamente soltanto se si prendono in considerazione le specificazioni che provengono dalle clausole di specie e dalla lista nera. Altrettanto, e a maggior ragione, deve dirsi per le clausole di specie, la cui delineazione contenutistica dipende dall'integrazione delle prescrizioni della clausola generale con quelle delle specifiche disposizioni, tenendo anche in debita considerazione le indicazioni desumibili dalla lista nera».

[212] Nonostante la possibilità di avvalersi del duplice livello della clausola generale e delle *small general clauses*, l'A.G.C.M. ha avvertito una certa difficoltà nell'applicazione della normativa *de qua*. Osserva infatti L. Fiorentino, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 167, che «in fase di prima applicazione della disciplina, l'Autorità si è dovuta confrontare con un dettato normativo che, al di là dell'apparente chiarezza, presenta non poche zona d'ombra. Questo dipende prevalentemente dalla circostanza che, al di fuori delle fattispecie di slealtà elencate esemplificativamente come azioni o omissioni ingannevoli o aggressive [le *black lists*], il concetto di pratica commerciale scorretta è definito attraverso il ricorso a clausole generali e, dunque, «intrinsecamente indeterminate»: si pensi, ad esempio, alla genericità della nozione stessa di "pratica" o all'elasticità del parametro costituito dalla diligenza professionale». Le clausole generali, dunque, costituiscono, per così dire, un'arma a doppio taglio: per un verso esse agevolano l'estensione della disciplina anche a condotte del professionista non espressamente previste, agevolando l'obiettivo di omnicomprensività della disciplina; per altro verso esse rendono però più difficile l'opera dell'interprete, che si trova costretto a un'attività di interpretazione integrativa che norme più dettagliate (come quelle contenute nelle *black lists*) gli risparmierebbero, rivelandosi però carenti e litate dal punto di vista della estensibilità dei divieti a fattispecie non espressamente contemplate dal dettato normativo.

esige la presenza di concetti generali che ne agevolino la comprensione, prima ancora che l'applicazione, nei diversi ordinamenti cui essa si rivolge.[213]

Nel senso da ultimo indicato, del resto, sembra deporre anche la formulazione letterale dell'art. 20 co. 4, il quale, nell'introdurre le norme successive, precisa che «*in particolare* sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli artt. 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli artt. 24, 25 e 26». Ne risulta confermata l'idea per cui le regole successive alla clausola generale appaiono come mere specificazioni e chiarimenti di quei comportamenti che possono essere giudicati scorretti, fungendo, in conformità con il disposto dell'art. 20, da linee guida per l'interpretazione e l'applicazione.[214]

Peraltro, lo stesso art. 20, al successivo co. 5, ulteriormente precisa che gli artt. 23 e 26 «riportano l'elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate *in ogni caso scorrette*». Tale ultimo riferimento segna allora il diverso significato proprio delle *black lists* rispetto alle *small general clauses*: le seconde rappresentano un *corpus* normativo di dettaglio e chiarificazione per l'interprete, che lo aiuti a cogliere che cosa in concreto significhi il binomio di cui

---

[213] L'importanza delle clausole generali come strumento per l'armonizzazione è evidenziata da Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 50 ss.. L'Autore osserva che «l'arretramento dei diritti nazionali di fronte ai processi di uniformazione delle regole concorre … a favorire un ampliamento dei poteri del giudice rispetto al rigido intervento del legislatore, mediante il frequente ricorso a clausole generali, che si rivelano strumenti più idonei a cogliere valori, che pur essendo legati a un determinato sistema giuridico, possono essere condivisi, con gli opportuni adattamenti, anche da esperienze giuridiche diverse» (*op. cit.*, 53). Aggiunge a tal proposito lo stesso Autore che «proprio la duttilità insita nella clausola generale consente, infatti, di superare le difficoltà di ricezione, che invece incontrano le regole cristallizzate in un testo normativo, e di adeguarne la concreta applicazione alle peculiarità che caratterizzano i singoli sistemi giuridici». Il tutto, peraltro, senza rischiare un eccessivo ampliamento dei poteri del giudice che «nel formulare la regola relativa al caso concreto non esprime una propria valutazione personale di giustizia, ma si avvale di criteri desumibili dalla morale sociale, secondo una logica che corrisponde sostanzialmente a quella che negli ordinamenti moderni governa la formazione del suo libero convincimento in merito alla verità o non verità dei fatti allegati dalle parti nel processo» (*op. cit.*, 53-55).

L'opera del giudice, nel senso indicato da Albanese costituisce senz'altro utile strumento per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali; ad essa, peraltro, dovrebbe aggiungersi altresì l'elaborazione di un diritto comune ai diversi ordinamenti europei, in grado di costituire un porto sicuro per gli interpreti nazionali, che provengono da diverse culture giuridiche: sul punto si è infatti osservato che «tanto più il diverso grado di armonizzazione diventa rilevante e assurge a problema sistematico quanto più continua a mancare un quadro comune di riferimento, se si vuole una disciplina generale dei contratti»: così C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e* acquis *comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, cit., 289. Di ciò si avrà un esempio , quando si tratterà del tema dei rimedi nella materia delle pratiche commerciali scorrette.

[214] In tal senso sembrerebbe potersi condividere la linea interpretativa di Micklitz, *The General Clause of Unfair Commercial Practices*, cit., 117 ss. che ha ritenuto equiordinate la norma generale di cui all'art. 5 della direttiva e le norme disciplinanti le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive.

all'art. 20 co. 2 (contrarietà alla diligenza professionale e idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio); le prime si qualificano come pratiche commerciali di per sé scorrette, che, quindi, non abbisognano di alcuna ulteriore verifica,[215] giacché l'accertamento della loro slealtà è già stato effettuato *ex ante* dal legislatore. Con conseguente autonomia delle fattispecie di cui agli art. 23 e 26 dalla clausola generale di cui all'art. 20.[216] Il carattere intrinsecamente scorretto di queste ultime pratiche, meritevoli di essere sanzionate indipendentemente dalla specifica sussistenza dei requisiti fondanti della disciplina, rende le previsioni di cui agli artt. 23 e 26 cod. cons. particolarmente gravose per il professionista, che non è posto in grado di difendersi in merito all'insussistenza dei requisiti di base, ma potrà solo dimostrare che la condotta imputatagli non corrisponde a quella disegnata dal legislatore nei suddetti elenchi.

Da tutto quanto esposto, emerge l'importanza di conoscere e comprendere il significato dei requisiti essenziali dettati dall'art. 20 cod. cons., anche perché, procedendo diversamente, si rischierebbe di smarrirsi nei dettagli delle norme particolari e di perdere di vista la *ratio* della disciplina, resa palese, meglio che in

---

[215] Cfr. Micklitz, *op. ult. cit.*, 85: «this illustrates that there are commercial practices which do not need to be individually assessed».

[216] Sul punto cfr. Collins, *The unfair commercial practices directive*, cit., 421, per il quale «*This list is likely to provide a valuable guide to courts and administrative authorities in their application of the Directive and national implementing legislation, and will certainly assist the process of harmonisation of laws at a European level. Nevertheless, these examples of blatant unfairness will not directly assist decisions in borderline cases of unfairnessexcept through reasoning by analogy. In practice, it seems likely that most contested commercial practices will fall under the heading of two main forms of automatic unfairness: misleading practices and aggressive practices*».

In merito alle modalità di applicazione della normativa si vedano altresì le indicazioni offerte da De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 12 secondo cui «Il procedimento che l'interprete dovrà seguire, al fine di valutare se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura sleale, dovrà … articolarsi nel modo seguente. In primo luogo, occorrerà stabilire se la pratica si presti o meno ad essere inquadrata in una delle previsioni delle liste nere … Qualora questa verifica dovesse avere esito positivo, la pratica deve senz'altro essere considerata sleale, non essendovi alcuna possibilità di valutazione diversa o contraria. Qualora per contro la singola pratica dovesse risultare insuscettibile di essere ricompresa in una delle categorie contemplate negli elenchi … si tratterà di appurare se siano in essa ravvisabili gli estremi di una pratica commerciale ingannevole … ovvero di una pratica commerciale aggressiva. Ove anche quest'ultima verifica dovesse avere esito negativo, si rende possibile e necessario il ricorso alla norma di chiusura …». Del procedimento interpretativo declinato dall'A. si condivide in particolare il ruolo attribuito alle *black lists* come serie di fattispecie autonome rispetto alle norme generali che le precedono. Sembra invece più difficile distinguere nettamente un momento per le *small general clauses* e un successivo e solo residuale ruolo per la regola generale di cui all'art. 20. Le decisioni dell'A.G.C.M. confermano infatti che l'una e le altre norme vengono normalmente richiamate insieme a fondare il giudizio di scorrettezza, come a voler attribuire all'art. 20 il ruolo di ancoraggio sicuro da richiamarsi in ogni caso quando debba attribuirsi alla condotta lo stigma della slealtà.

qualunque altra disposizione, dalla sua regola fondamentale. Tanto più che le caratteristiche proprie della fattispecie generale innervano anche le norme di dettaglio, conferendo a tale disposizione il ruolo di comune denominatore rispetto al quale, almeno le c.d. *small general clauses*, si pongono come specificazioni del modello e pertanto non autonome dallo stesso,[217] ma anzi, a esso inevitabilmente riconducibili.[218] Di ciò si ha un'agevole conferma se si analizza il disposto degli art. 21 e 24 cod. cons. che tratteggiano le caratteristiche delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. In entrambi gli articoli è possibile rinvenire, infatti, seppure in forma più articolata, quanto più sinteticamente disposto dall'art. 20.

3. - Fattispecie generale: il divieto di pratiche commerciali scorrette. Rinvio.

L'art. 20 del codice del consumo si apre disponendo che «le pratiche commerciali scorrette sono vietate». La formulazione in termini di divieto, come già evidenziato nel primo capitolo,[219] ricorda le previsioni della normativa *antitrust*, la quale proibisce sia l'abuso di posizione dominante, sia le intese anticoncorrenziali. Ed è somiglianza non casuale, che conferma come, al di là dell'attenzione per il consumatore, solo indiretta nella disciplina *antitrust*, diretta invece nella disciplina in

[217] Questo sembra essere anche l'orientamento dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, la quale, nella maggioranza dei casi in cui ha adottato provvedimenti sanzionatori per pratiche commerciali scorrette, lo ha fatto ai sensi dell'art. 20, richiamando in aggiunta ad esso, ma non in sua sostituzione, le altre norme del codice del consumo che ha ritenuto essere state violate. Tale atteggiamento conferma l'utilità della clausola generale di cui all'art. 20, la quale costituisce un primo ed essenziale filtro per la sussumibilità della condotta di volta in volta in esame, sotto la disciplina *de qua*.

[218] Diversa sorte spetta semmai alle fattispecie di cui alle *black lists*, la cui definizione quali pratiche "*in ogni caso*" scorrette, palesa la loro autonomia rispetto alla norma generale: "in ogni caso scorrette", infatti, nient'altro può significare che trattasi di pratiche scorrette (o aggressive) a prescindere dal ricorrere di altri requisiti e dunque indipendentemente dalla verifica in merito alla sussumibilità della condotta sotto l'art. 20.

Proprio in considerazione della autonomia delle *black lists* dai concetti generali richiamati dall'art. 20 cod. cons. e dalle definizioni di detti concetti, di cui all'art. 18 cod. cons., è stata avanzata l'idea per cui solo le *black lists* sarebbero in grado, allo stato, di dare attuazione all'obiettivo di armonizzazione piena della direttiva. Esse infatti, consentendo la qualificazione di una condotta quale pratica commerciale scorretta indipendentemente dalla sua sussumibilità sotto la clausola generale di cui all'art. 20 cod. cons. consentono di eliminare in radice il principale ostacolo all'armonizzazione, ossia la necessità di declinare la normativa europea secondo le specificità dei diversi diritti nazionali. In considerazione di questa ipotizzata maggiore attitudine all'armonizzazione delle fattispecie di cui alle *black lists*, la direttiva sarebbe in grado di dare luogo a quella che è stata definita «*harmonization by examples rather than rules*». Sul punto cfr. H. Collins, *Harmonization by examples*, cit., 117-118.

[219] Cfr. cap. I, § 4.2.

esame, l'impostazione di questa non sia del tutto lontana da quella,[220] accomunate essendo entrambe dalla propensione (più o meno spiccata) per il buon funzionamento del mercato concorrenziale.

Nel prosieguo ci occuperemo più approfonditamente del significato e delle implicazioni della previsione di simili *divieti*. Per ora basti anticipare che tale formulazione potrebbe suggerire un'interpretazione della disposizione richiamata in termini di norma imperativa, come tale riconducibile all'art. 1418 co. 1 c.c. il quale, com'è noto, prevede la nullità di quei contratti che a una norma di tale natura siano contrari. Il che, con tutta evidenza, potrebbe rivelarsi di particolare interesse ove si vogliano valutare i possibili rimedi per il consumatore vittima della condotta vietata.

Ma rinviando al prossimo capitolo ogni considerazione in merito ai rimedi, conviene ora continuare sulla strada dell'interpretazione del dettato del codice del consumo che, sempre all'art. 20, dopo avere sancito il divieto generale di cui si è detto, prosegue individuando i due elementi costitutivi della fattispecie "pratica commerciale scorretta". Dispone in particolare la norma che una pratica commerciale è scorretta se è "contraria alla diligenza professionale" e altresì "falsa[221] o idonea a falsare in misura

---

[220] Sul punto cfr. A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, AIDA 2008, 297 ss. la quale esordisce affermando che «la direttiva 2005/29/CE … e il codice del consumo, vietando alle imprese le pratiche commerciali scorrette, accordano al consumatore una protezione che è … simile ed essenzialmente complementare a quella che gli è accordata dai divieti *antitrust*».

Già si è chiarito, nel primo capitolo, che il consumatore è in realtà destinatario indiretto degli effetti benefici che la normativa *antitrust* (indirizzata direttamente alle sole imprese) produce sul mercato. Proprio in considerazione di tale tradizionale estraneità si è apprezzato il passo avanti compiuto dalla direttiva 2005/29/CE che si colloca nel punto medio tra diritto secondo della concorrenza e diritto secondo dei consumatori, essendo rivolta parimenti a tutelare l'una e gli altri. Ne consegue che la disciplina *antitrust* e quella in esame possono dirsi più complementari che simili, in ragione della diversa angolazione dalla quale incidono sulla vicenda del consumatore nel mercato.

L'Autrice richiamata, peraltro, ponendo l'accento sugli aspetti comuni delle due discipline, prosegue (*op. cit.*) formulando una «ipotesi di accostamento dei divieti di pratiche commerciali scorrette ai divieti *antitrust*, in una cornice di «consumer choice approach» globale e integrato. Entrambi i noveri di divieti, infatti, proteggono la libertà delle scelte che il consumatore può compiere nel mercato; ed entrambi i divieti, in rapporto al sistema costituzionale di riferimento, limitano la libertà di iniziativa economica delle imprese».

[221] Si tratta di errore nella redazione della normativa di recepimento italiana. Risulta infatti evidente dal testo in lingua inglese della direttiva (e altresì dalla sua traduzione in lingua italiana) che la pratica commerciale non dev'essere *falsa* (il che in effetti significherebbe ben poco), ma deve falsare - o essere idonea a farlo - il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto del professionista che pone in essere la condotta scorretta. L'errore di traduzione, nel trascorrere dalla disciplina di origine europea, a quella nazionale di recepimento, non è peraltro una novità: si pensi al caso emblematico della direttiva 1993/13/CE in materia di clausole abusive, nella quale una traduzione sbagliata nel passaggio dalla versione inglese a quella italiana della direttiva ("malgrado la buona fede", anziché "in contrasto con il principio di buona fede" o "in maniera contraria alla buona fede"), ha generato una ambiguità che si è rivelata d'ostacolo alla corretta interpretazione della stessa disciplina. Sul

apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge, o al quale è diretta, o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori". Mancando l'uno o l'altro dei suddetti requisiti si fuoriesce dalla soglia di rilevanza della condotta del professionista *sub specie* di pratica commerciale vietata dal codice del consumo.

3.1. – La contrarietà alla diligenza professionale.

Il primo elemento costitutivo della fattispecie è dunque rappresentato dalla "contrarietà alla diligenza professionale", che è la risultante della traduzione della versione in lingua inglese della direttiva, in cui si legge che, ai fini del giudizio di scorrettezza, la pratica commerciale deve essere "*contrary to the requirement of professional diligence*".

Nel nostro ordinamento il riferimento alla diligenza evoca immediatamente il disposto dell'art. 1176 c.c. che, com'è noto, al primo comma rinvia allo *standard* sociale del buon padre di famiglia, cui il debitore deve conformarsi nell'adempimento dell'obbligazione e, al secondo comma, specificamente dedicato alle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, stabilisce che la diligenza dev'essere valutata con riguardo all'attività esercitata. La diligenza di cui all'art. 1176 c.c. è stata oggetto di varie interpretazioni e al centro di ancora non del tutto sopiti dibattiti in ordine al suo significato.[222]

---

punto cfr. L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, cit. § 4, e, per un'opinione analoga, C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 28, che osserva, con parole calzanti anche per il più recente errore di trasposizione che qui si è messo in luce, come la formulazione italiana «deraglia dal pensiero e dall'intendimento della fonte comunitaria, come facilmente si può intendere considerando la redazione in altre lingue dello stesso testo».

[222] Per Luigi Mengoni, che allo studio della diligenza ha dedicato significativa attenzione nella celebre opera *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, Riv. dir. comm. 1954, ora in *Obbligazioni e negozio. Scritti*, II, cit., 151 essa «è una qualità soggettiva di un'attività e significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine: la funzione tecnica della diligenza riguarda non tanto l'adempimento, quanto la possibilità di adempiere. Il momento determinante dell'adempimento è invece la "bonitas" o "utilitas", cioè una qualità inerente al risultato dell'azione, un giudizio oggettivo di valore che implica la coincidenza del risultato materiale con gli elementi del risultato dovuto». I riflessi dell'analisi che egli opera della diligenza si risolvono, per lo stesso Mengoni, nella considerazione secondo cui «l'art. 1176 vuol dire che la diligenza del buon padre di famiglia è un criterio generale di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta …L'art. 1176 non contraddice dunque all'art. 1218, ma anzi integra la norma che estende la responsabilità del debitore fino all'impossibilità fortuita della prestazione. Da quella regola generale l'interprete apprende che … deve essere imputata all'obbligato, vale a dire non

Il frutto di tale difficile *iter* interpretativo, prescindendo dalle sfaccettature nelle quali il tema è suscettibile di ulteriormente articolarsi, può dirsi costituito dall'idea per cui la diligenza è da intendersi come «l'atteggiamento di fondo che deve caratterizzare il comportamento del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio».[223] Essa va dunque considerata quale criterio o modalità di attuazione dell'obbligazione, tale interpretazione dovendo guidare non solo la lettura del primo comma, ma anche quella del secondo comma dell'art. 1176 c.c.. Quest'ultimo, infatti, nel riferirsi alla diligenza richiesta dall'attività esercitata, «non contiene l'indicazione di un diverso modo di valutare la diligenza di cui al primo comma […] ma richiama inevitabilmente il parametro proprio di valutazione di tale attività, sul quale la bontà del risultato dovuto va misurata».[224]

è fortuita, l'impossibilità derivante da una causa evitabile con l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia» (*op. cit.*, 160 – 161).

Dunque, dal pensiero dell'Autore, emerge che la diligenza «tecnicamente intesa come sforzo diretto a evitare il c.d. «*casus culpa determinatus*» - è una misura d'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento, impartita dallo stesso contenuto del rapporto obbligatorio, al quale la diligenza inerisce come criterio di una serie di obblighi integrativi strumentali».

Parzialmente critico nei confronti delle conclusioni cui è giunto Mengoni in merito all'art. 1176 comma 1 c.c. è Castronovo che esprime il proprio dissenso ne *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Europa dir. priv. 2008, 9 ss.. La critica mira a restituire all'art. 1176 c.c. il ruolo che gli è proprio anche in considerazione della collocazione dello stesso sotto il titolo dell'adempimento: tale regola «prevede la diligenza come modalità alla quale il debitore è tenuto nell'adempiere l'obbligazione; e da tale dato testuale si può ricavare soltanto che il debitore negligente è inadempiente, realizza cioè la figura del "debitore" che non adempie esattamente la prestazione dovuta, il quale dall'art. 1218 viene fatto responsabile salvo che non provi l'impossibilità derivante da causa a lui non imputabile» (*op. ult. cit.*, 10). Il profilo sotto il quale, in particolare, l'A. ritiene non condivisibile la tesi del Maestro è quello (poc'anzi evocato) per cui, a dire di Mengoni, l'art. 1176 co. 1 c.c. avrebbe funzione integrativa dell'art. 1218 c.c., quest'ultimo dettando la regola di responsabilità per inadempimento, e individuando la causa di esonero da essa nell'impossibilità della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore, laddove il primo interverrebbe a fornire il criterio soggettivo per l'anzidetta imputabilità.

Ma questa conclusione, secondo Castronovo, è il frutto di una «precomprensione», ossia dell'errata convinzione per cui la diligenza sarebbe sempre il «correlato positivo» della *culpa*. Secondo Castronovo, diversamente, dietro la diligenza di cui all'art. 1176, non può ritenersi sussistente la *culpa* che, per Mengoni, va ad integrare il disposto dell'art. 1218, giacché l'art. 1176, in quanto funzionale a dettare un criterio di valutazione dell'esattezza dell'adempimento riguarda soltanto la fase attuativa del rapporto obbligatorio e non quella preparatoria dell'adempimento, nella quale si colloca la conservazione della possibilità di adempiere (op. cit., 11).

Sul punto cfr. altresì A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, Danno e resp. 2008, 875 e F. Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, Europa dir. priv. 2008, 117 nt. 81. Dà conto di ulteriori contrapposizioni sul significato della diligenza di cui all'art. 1176 c.c. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 1132 e ss.

[223] Cfr. C. Castronovo, *Art. 1176 c.c.*, Commentario al codice civile, dir. da P. Cendon, IV, Torino 1991, 26.

[224] Castronovo, *op. ult. cit.*, 29.

La differenza tra le due forme di diligenza non è perciò una differenza di genere: non può dirsi, cioè, che il comma primo detti una regola avente i caratteri del criterio, mentre il comma secondo contenga una disciplina in grado di modulare il contenuto dell'obbligazione. In entrambi i casi, piuttosto, ci troviamo di fronte a norme che dettano le modalità dell'adempimento. Ciò che diverge tra i due commi è, piuttosto, soltanto il criterio adottato per misurare l'adempimento: in un caso è sufficiente la diligenza del buon padre di famiglia; nell'altro caso, in cui trattasi di obbligazione avente ad oggetto una prestazione professionale, è invece necessaria la diligenza propria del professionista nello specifico settore di attività di cui trattasi.

Ed è proprio alla luce di questo distinguo che il secondo comma dell'art. 1176 è stato autorevolmente qualificato come parametro di perizia[225] più che diligenza. Ma pur sempre parametro del comportamento del debitore:[226] anche in questo caso, infatti, la diligenza resta un criterio da utilizzarsi come strumento per valutare l'esattezza dell'adempimento.[227]

3.1.1. - (*segue*) Il rapporto tra diligenza e buona fede.

La diligenza, dunque, fungendo da criterio per verificare se il debitore abbia esattamente adempiuto, entra in gioco nel momento dell'attuazione del rapporto obbligatorio, già delineato nei suoi contenuti, sia quanto all'obbligo primario di prestazione, sia rispetto a eventuali obblighi accessori a quest'ultimo.

[225] Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit. § 5.

[226] Come autorevolmente chiarito, infatti, «il secondo comma riguarda invece la perizia o capacità professionale, la quale rientra in un concetto allargato di diligenza ma non in quello ristretto di «diligenza del buon padre di famiglia» Castronovo, *op. ult. cit*., 31.

[227] Tutte tali constatazioni ci inducono a ritenere che la diligenza non possa essere qualificata quale clausola generale. Come si è già chiarito (cfr. *supra*, nt. 201), infatti, la clausola generale si caratterizza per una deliberata incompletezza della fattispecie, la quale lascia al giudice l'arduo compito di integrarla mediante il riferimento a *standard* sociali. Ma ove trattasi di diligenza, non vi è in realtà alcuna fattispecie che possa dirsi incompleta e bisognosa dell'opera integratrice del giudice. E ciò in quanto la diligenza, come evidenziato nel testo, è "soltanto" un criterio per valutare se l'adempimento sia o meno conforme alle aspettative del creditore. La considerazione della diligenza quale fenomeno altro rispetto al modello della clausola generale, ci induce di primo acchito a ritenere (in antitesi con V. Meli, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, cit., cfr. *supra*, nt. 201) che, nella materia *de qua*, l'art. 20 cod. cons. (della quale essa è elemento costitutivo), non possa essere considerato, a sua volta, clausola generale, e dunque non richieda al giudice di effettuare una valutazione concretizzante caso per caso, ma gli imponga, piuttosto, di andare alla ricerca di quale sia, volta per volta, la regola di perizia cui il professionista avrebbe dovuto conformarsi, al fine ulteriore di verificare se ciò sia effettivamente accaduto. Si vedrà tuttavia nel prosieguo che una lettura più approfondita dell'art. 20 cod. cons. consentirà di recuperare l'interpretazione di esso in termini di clausola generale: ciò accadrà grazie all'emersione della buona fede, che dalle retrovie definitorie di cui all'art. 18 cod. cons., sarà fatta avanzare in posizione di primazia.

Sicché, alla luce di ciò, anche la previsione di cui all'art. 20 cod. cons., nel richiamare espressamente la diligenza professionale, potrebbe essere considerata enunciativa di un mero parametro, atto a misurare la condotta del professionista ai fini della valutazione della stessa in termini di scorrettezza.[228]

[228] La nostra giurisprudenza, nelle prime pronunce in tema di pratiche commerciali scorrette, ha dimostrato di interpretare il richiamo alla diligenza come un mero rinvio al nostro art. 1176 c.c., salvo poi, in un momento successivo, reinterpretarlo alla luce di una più approfondita analisi della disciplina fondata sulla clausola generale di buona fede.

Sul punto cfr., ad esempio, TAR Lazio 18 gennaio 2010 n. 306 ove si è statuito che «non è in dubbio, in proposito, che la diligenza ordinariamente richiesta venga nella fattispecie ad assumere carattere di accentuata rilevanza, alla stregua della fondamentale indicazione di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c.; e ciò in quanto, similmente a quanto dalla giurisprudenza ripetutamente osservato a proposito dell'esercizio dell'attività creditizia, viene in considerazione un criterio di "alta" diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c.: di talché l'obbligo di diligenza, così configurato, è suscettibile di essere valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono. In altri termini, se non esiste un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento "diligente" in capo all'operatore finanziario, la concreta commisurazione del relativo obbligo deve essere necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella particolare fattispecie in considerazione; ovvero, in quel comportamento che, avuto riguardo: alla peculiarità della vicenda negoziale e al complesso di conoscenze riferibili all'operatore finanziario stesso ed alla qualificazione del "contatto" con la clientela (segnatamente, ove riguardato con riferimento agli obblighi informativi non soltanto di carattere preliminare o precontrattuale, ma anche contestuali e/o successivi al perfezionamento dell'operazione) sia - o meno - suscettibile di essere interpretato come "pratica commerciale scorretta", ovvero contrario al suddetto dovere di diligenza e, ulteriormente, suscettibile di orientare in maniera decettiva le scelte dei consumatori (inducendo, per l'effetto, questi ultimi verso opzioni altrimenti non privilegiate). In tali termini depone l'interpretazione della normativa comunitaria di riferimento (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 11 maggio 2005 n. 29, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno), nella parte in cui (art. 2) definisce la nozione di "diligenza professionale" prendendo in considerazione, "rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori».

Nessun consapevole richiamo alla buona fede come fondamento della disciplina *de qua* è ancora presente in questa decisione. Ma l'evoluzione interpretativa degli ultimi due anni, come ci si accinge a mostrare, è segnata da un allontanamento dalla diligenza e da un progressivo avvicinamento alla clausola generale di cui all'art. 1175 c.c., della quale solo in un secondo tempo si è compresa la rilevanza in questa disciplina.

In tal senso è agevole osservare come nella giurisprudenza più recente sia stato abbandonato il riferimento all'art.1176 co. 2, essendosi evidentemente avvertita la sua inadeguatezza, a favore di un più consapevole e appropriato ancoraggio alla buona fede (pur nella perdurante ambiguità terminologica che vede i due concetti spesso appaiati nelle sentenze amministrative).

Si veda sul punto C.d.S. 31 gennaio 2011 n. 720 che, nel confermare la decisione del giudice di prime cure circa la scorrettezza della pratica ha così statuito «l'appello non merita accoglimento. Dagli atti emerge che l'E. ha effettivamente posto in essere un comportamento contrario con il principio di buona fede sancito dal codice del consumo. Com'è noto, in materia di pratiche commerciali, i professionisti sono tenuti a rispettare uno standard di diligenza tale da consentire al consumatore di determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. Tale canone di diligenza viene definito dall'art. 18, comma 1, lett. h), del codice del consumo, come il "normale grado della specifica competenza che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività dei professionisti".

Si tratta di una nozione di "diligenza professionale" che assume rilievo specifico nell'ambito

Così, almeno, fino a che la diligenza viene osservata attraverso il filtro del nostro ordinamento e interpretata alla luce delle sue regole. Ma nuovi problemi ermeneutici sono sorti da quando la diligenza è diventata categoria dell'Europa, con ciò allontanandosi dai suoi tipici connotati nazionali.[229] Di tale mutamento di sembianze costituisce esempio emblematico la definizione della categoria adottata dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, la quale, come ci si accinge a dimostrare, allontana il requisito in esame dalla dimensione del criterio funzionale a valutare l'esatto adempimento, e lo avvicina a quella del contenuto dell'obbligazione.

La direttiva 2005/29/CE, infatti, impone di leggere il riferimento alla diligenza sotto la diversa lente della fonte europea da cui esso promana e dunque anche alla luce delle altre disposizioni contenute nella normativa *de qua*. Anche perché l'analisi della normativa comunitaria condotta soltanto sotto la guida del diritto interno rischia di rivelarsi fatalmente monca e di indurre a conclusioni che, anche se conformi ai nostri modelli di pensiero, si rivelano tuttavia incoerenti, o per lo meno insufficienti, rispetto agli intenti che il legislatore sovranazionale si è prefissato.

Nel caso di specie non può tralasciarsi di considerare che, ai sensi dell'art. 18 lett. h cod. cons., si intende per diligenza professionale «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente[230] i consumatori attendono da un

---

della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano. Nel caso di specie, questo standard di diligenza risulta essere stato violato perché l'E., pur a fronte di puntuali reclami da parte del consumatore sull'entità degli addebiti, non ha ritenuto, nelle more della verifica tecnica, di sospendere la procedure esecutive per la riscossione, che espone l'utente, in caso di mancato pagamento, al rischio del distacco della fornitura.

Come ha correttamente rilevato il giudice di primo grado, la minaccia di distacco della fornitura, unitamente al sollecito di pagamento, corrisponde pienamente al paradigma di "coercizione" o di "indebito condizionamento", configurato dagli artt. 24 e 25 del codice del consumo, in quanto idonea, secondo *l'id quod plerumque accidit*, a limitare la libertà di scelta del comportamento del consumatore».

[229] M. C. Venuti, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in Europa dir. priv. 2000, 1067, osserva, proprio con riferimento alla diligenza, che «i concetti comunitari hanno una valenza più ampia – il comportamento con i clienti e l'agire imprenditoriale – e chiamano in campo non tanto *standard* valutativi riferibili a canoni di condotta espressione di norme e principi giuridici, quanto pratiche del commercio, usi imprenditoriali, regole tecniche. Esprimono cioè una pluralità di «logiche d'intervento concentrate in una terminologia polisensa» e una pluralità di finalità che li rendono solo parzialmente omologabili ai concetti che stanno a base della disciplina di diritto comune del rapporto obbligatorio».

[230] La ragionevolezza, designa la «capacità di percezione, di ricezione, di rielaborazione, … e infine di elaborazione di convinzioni e di aspettative e, quindi, il giudizio che ad essa mette capo individua le conseguenze ora di ordine psicologico/intellettivo … ora di ordine comportamentale che le circostanze del caso o il comportamento di controparte possono suscitare alla luce di quel livello convenzionalmente individuato di capacità e di ragionamento logico presupposto dalla legge»: così F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla*

professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista»: la quale definizione è il risultato della traduzione italiana del testo inglese della direttiva, in cui la diligenza professionale è descritta come «*the standard of special skill(s) and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader fields of activity*».

L'anomalia di questa formula consiste nell'aver messo in presa diretta la diligenza professionale con la correttezza e la buona fede,[231] come se le seconde[232]

---

ragionevolezza nel diritto privato, cit., 1167. Per l'Autore, che esamina approfonditamente la ragionevolezza, anche in relazione alle categorie della diligenza e della buona fede, sulle quali altri ha ritenuto di doverla innestare, «la ragionevolezza esprime un ordine di valutazione autonomo che non si inserisce in una diversa «*ratio* normativa», ma che, al limite, si può affermare destinato a operare in chiave strumentale rispetto a un programma di azione o ad un regolamento negoziale già in parte definito.

Alla ragionevolezza hanno dedicato un articolo anche i PDEC prevedendo che «è da ritenere ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni interessati» (art. 1:302 PDEC).

Nel valutare la portata della ragionevolezza e il suo rapporto con la buona fede, Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, cit., XLIV, rileva come la prima abbia portata inferiore alla seconda giacché non incide sulla struttura del rapporto, ma si pone come criterio di valutazione di una condotta e perciò come regola dell'azione, al pari della diligenza.

[231] Cfr. sul punto V. Meli, *Le clausole generali relative alla pubblicità,* cit., 266, che osserva come «se utilizziamo le nostre categorie civilistiche, siamo, per la prima parte della norma, nel perimetro di valutazione della diligenza professionale, descritto nel diritto delle obbligazioni dall'art. 1176, 2° comma, c.c., coniugato, nella seconda parte, con i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Come ci ha insegnato la nostra migliore dottrina, il primo è un criterio obiettivo, che determina il contenuto dell'obbligo alla luce dell'attività esercitata, i secondi integrano tale contenuto, potendo ampliarlo o restringerlo, sulla base dell'osservazione della totalità del contegno dell'obbligato». Le conclusioni dell'Autore, in merito a tale insolito abbinamento, si pongono nel solco di quelle tratte, rispetto al tema dell'intermediazione finanziaria, da M. C. Venuti, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 1049 ss., secondo cui «i concetti di correttezza, e diligenza, che esprimono nella tradizione codicistica delle regole di condotta all'interno di una relazione giuridicamente rilevante e definita, oggi acquistano un diverso e più ampio significato, veicolando all'interno del rapporto negoziale e nella definizione degli obblighi di condotta comunque dovuti dal soggetto professionalmente caratterizzato, interessi terzi ritenuti meritevoli di tutela: dei concorrenti, del pubblico dei risparmiatori». A tale proposito può osservarsi che la tendenza del legislatore europeo a servirsi confusamente di concetti che nel nostro diritto hanno un ben preciso significato, non dovrebbe indurre l'interprete ad abbandonare la loro originaria caratterizzazione a favore della genericità e dell'approssimazione europea, ma semmai, al contrario, la genericità europea dovrebbe essere ricondotta, da parte dell'interprete, alle categorie nazionali, anche al fine di una più precisa e coerente applicazione delle norme. Sul punto si veda A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 525. Ciò non significa rinunciare a capire e attuare le intenzioni del legislatore comunitario, del quale non può certo negarsi la sovraordinazione rispetto al nostro. Significa al contrario interpretare le sue intenzioni e tradurle secondo le categorie giuridiche proprie del nostro ordinamento, così da consentirne la migliore attuazione. In tal senso si è espresso, in relazione al problema più generale della frammentarietà della legislazione speciale, G. Benedetti, *Le sintesi di un convegno sulle tecniche legislative*, Rass. Dir. civ. 1986, 282-283, il quale ha sottolineato la necessità, a fronte dell'«ordinamento arcipelago che non confluisce sul Codice» di «individuare, qualunque sia la collocazione topografica, fuori o dentro il codice, le norme che toccano i

fossero in grado di colmare la prima dei loro contenuti e di spiegarne il significato.[233] Sennonché, anche in considerazione della già richiamata funzione della diligenza, quest'ultima e la buona fede non possono collocarsi sullo stesso piano come elementi fungibili, né, men che meno, sono in grado, come vorrebbe il legislatore comunitario, di unirsi in una sorta di endiadi in cui si tratterebbe di leggerle quali termini coordinati.[234]

A tale proposito, infatti, è stato chiarito dalla migliore dottrina che correttezza e buona fede «se pure concorrono all'atteggiarsi finale del rapporto obbligatorio, vanno decisamente distinte dalla diligenza».[235]Quest'ultima, come già ricordato poc'anzi, è categoria dell'adempimento laddove la correttezza e la buona fede operano sul *vinculum iuris*, concorrendo alla determinazione degli obblighi del debitore. A tale proposito la stessa dottrina aggiunge che «correttezza e buona fede, in quanto fonti di obblighi accessori, arricchiscono il rapporto obbligatorio rispetto al semplice obbligo di prestazione, in particolare mediante obblighi di protezione, la cui funzione è quella di impedire che il contatto sociale instaurato tra debitore e creditore si trasformi in occasione di danno per ciascuna delle parti; la diligenza attiene invece all'attuazione di un rapporto, già precisato nelle sue fattezze, sotto il profilo dell'esattezza dell'obbligo

---

muri maestri dell'ordinamento dei privati per ricostruirlo nel suo divenire quotidiano a fronte del mutare spesso convulso della società».

[232] Correttezza e buona fede sono perlopiù considerate come sinonimi: sul punto cfr. E. Minervini, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano 2007, 80 - 81, il quale aggiunge che «il vero problema … è rappresentato dalla singolare contaminazione che la direttiva opera tra buona fede oggettiva, ragionevolezza e diligenza» a tale proposito osserva anche questo Autore che, «per il diritto italiano diligenza e buona fede oggettiva non sono certamente sinonimi, anche se i rapporti tra esse sono assai dibattuti». E altresì Castronovo, *Art. 1176*, cit., 32, ove correttezza e buona fede vengono espressamente definite quali sinonimi, e poste in antitesi rispetto alla diligenza.

[233] Sul punto cfr. G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali,* cit., 125, secondo cui nella formulazione di quello che oggi, in Italia, è l'art. 20 del codice del consumo, «gli organi comunitari [hanno] forzatamente accomunato categorie e concetti tra loro assai eterogenei, ponendo in tal modo gli interpreti intenzionati a ricostruire in modo organico la portata della 'definizione generale' di cui al comma 2 dell'art. 5 di fronte ad un ostacolo insormontabile».

[234] A tale proposito, a dire di G. De Cristofaro, *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*», cit., p. 126 - 127, «stupisce non poco che ai fini della qualificazione di una pratica commerciale in termini di «slealtà» la Commissione facesse ricorso alla nozione di «diligenza professionale» e alle categorie della competenza/perizia «speciale» (verosimilmente da intendersi nel senso di «specialistica») e della attenzione/cura»; l'Autore prosegue osservando che «la parola «diligenza» avrebbe invero dovuto essere sostituita con la parola «correttezza», assai più adatta ai contenuti della citata definizione, nella sostanza altrettanto conforme alla stessa visione originaria della Commissione e soprattutto decisamente più coerente con la qualificazione della pratica commerciale in termini di slealtà, nonché corrispondente alla terminologia utilizzata nelle legislazioni nazionali degli stati membri (a cominciare dalla nostra: v. l'art. 2598 n. 3 c.c.)».

[235] Così Castronovo, *Art. 1176 c.c.*, cit. p. 32.

di prestazione onde, diversamente dalla correttezza, la quale riguarda debitore e creditore, essa è parametro del solo comportamento del debitore».[236]

3.1.2. - (*segue*) Diligenza e buona fede nelle pratiche commerciali scorrette.

Alla luce di tale efficace distinguo, che consente di mettere ordine tra i concetti utilizzati confusamente dalla direttiva, attribuendo a ciascun termine il suo significato proprio, è necessario chiarire, allora, come debba essere interpretato il primo requisito di cui all'art. 20 cod. cons. che qualifica scorrette le pratiche commerciali "contrarie alla diligenza professionale": a seconda della lettura che di essa si dà, infatti, la norma assume portata notevolmente diversa.

L'esigenza di individuare il rapporto intercorrente tra diligenza e buona fede nella disciplina *de qua* scaturisce dalla difficoltà di immaginare non solo da un punto di vista teorico, ma anche sotto il profilo dell'applicazione pratica, una sorta di "confusione" tra diligenza e buona fede. In particolare, ove si ritenesse la stessa imperniata sulla buona fede, più che sulla diligenza, non si tratterebbe tanto di verificare se il professionista si sia attenuto alla perizia richiesta dalla sua professione e perciò di misurare la sua condotta secondo le regole dell'arte che gli competono, quanto piuttosto di vagliare se esso abbia osservato gli obblighi di protezione sorti a suo carico tramite la regola di buona fede, come declinata nella particolare materia delle pratiche commerciali.

Optare per la buona fede piuttosto che per la diligenza significa, in altre parole, scegliere tra due diversi esiti di applicazione della disciplina e cioè stabilire se, una volta che il professionista si sia conformato alle regole dell'arte (ossia alla diligenza professionale di cui all'art. 1176 co. 2 c.c.), ciò sia sufficiente a escludere l'applicabilità della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, ovvero se, anche quando il professionista si sia attenuto scrupolosamente a tali regole, esso non possa dirsi perciò solo sfuggito all'esito sanzionatorio, dal momento che il divieto di pratiche commerciali scorrette è volto a reprimere tutti quei comportamenti i quali - siano essi contrari o meno alla diligenza professionale – diano però luogo alla violazione della buona fede (*rectius* degli obblighi scaturenti da essa, o direttamente dal codice del consumo).[237]

[236] Castronovo, *op. ult. cit.*, pp. 32-33.

[237] L'importanza pratica di questa distinzione può apprezzarsi se si considera la pronuncia – già richiamata *supra*, nota 40 - C.d.S. 31 gennaio 2011 n. 720. Il Consiglio di Stato chiarisce infatti che «al

3.1.3. – Pratiche commerciali scorrette e obblighi di protezione.

Ebbene la soluzione al problema interpretativo dev'essere rintracciata considerando la *ratio* della disciplina, che è quella di vietare determinati comportamenti ai professionisti e dunque, *a contrario*, di imporne ad essi altri, così arricchendo il contenuto dei loro obblighi nei confronti dei consumatori.[238]

Tale ultimo rilievo non è dettato dalla convinzione che l'espressa previsione di divieti palesi senz'altro la sussistenza di corrispondenti obblighi in capo al professionista,[239] ma si fonda sull'apprezzamento, nello specifico ambito di cui trattasi, di profili obbligatori che arricchiscono i divieti espressamente dettati dal legislatore.[240]

---

riguardo deve ritenersi che il rispetto della normativa di settore non valga a esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore. Un comportamento commerciale, quindi, può essere sanzionato pur in mancanza della violazione di una specifica disposizione volta a regolamentare il settore, dovendosi certamente escludere che [tale normativa] possa avere l'effetto di esonerare il professionista dal porre in essere quegli ulteriori accorgimenti che, sebbene non espressamente prescritti, derivano tuttavia, dal più generale canone di diligenza professionale o di buona fede».

Vero che la normativa di settore non è equiparabile alla diligenza professionale (come chiarito da Castronovo, *Art. 1176*, cit., § 6.4.), ciò che rileva nella pronuncia in esame è la consapevolezza dell'insufficienza della perizia e dell'osservanza delle regole dell'arte nello specifico settore in cui il professionista opera: sorge infatti, in capo allo stesso, per effetto della buona fede, l'obbligo di adottare accorgimenti (ossia comportamenti pur non espressamente imposti dalla legge) nei confronti del consumatore rispetto ai quali la diligenza non può assumere il ruolo di sorgente, ma semmai di parametro per la valutazione circa il loro esatto adempimento.

[238] E infatti osserva L. G. Vigoriti, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 527, che «la direttiva interviene in modo incisivo sugli obblighi comportamentali dei professionisti».

[239] Sottolinea la infungibilità di divieto e obbligo nella disciplina *de qua*, S. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa 2009, 174, che osserva come presentare la normativa sulle pratiche commerciali scorrette come incentrata sugli obblighi di informazione significhi rappresentare «il dato normativo in una veste molto diversa da quella che è: se è vero che la disciplina sulle pratiche commerciali sleali consta, essenzialmente, di divieti generali e di dettaglio, non già di "obblighi informativi di carattere positivo in favore del consumatore"». Sulla formulazione in termini di divieti e non di obblighi si sofferma altresì G. De Cristofaro, *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. ed il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, cit., 214, il quale, però, non si dilunga in valutazioni di merito, limitandosi a osservare che, «come la direttiva 2005/29/CE, anche la disciplina italiana di recepimento si astiene dal porre a carico dei professionisti obblighi di contenuto positivo, limitandosi per contro a imporre un divieto: quello di porre in essere pratiche commerciali scorrette».

[240] Contraria a un simile esito appare l'opinione di U. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali d'informazione e: le regole e i rimedi nel progetto* acquis*,* Europa e diritto privato 2009, 69, che, nel tratteggiare i contenuti dell'art. 2.202 *ACQP*, rileva come tale ultima previsione «non è altro che la riformulazione in termini di obblighi di informazione della norma che vieta le omissioni ingannevoli in seno alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette», così evidentemente escludendo che la previsione di tali obblighi sia già insita nelle previsioni del codice del consumo. L'Autore manifesta le sue perplessità circa la lettura degli artt. 18 e ss. cod. cons. in chiave di obblighi, aggiungendo che «sorge tuttavia il dubbio se tale riformulazione sia coerente con la funzione che l'ordinamento comunitario ha assegnato alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Va sottolineato infatti che la pratica

E la coloritura obbligatoria che i divieti assumono è consentita proprio dall'attribuzione di un ruolo fondante, nella materia *de qua*, alla buona fede.[241] Com'è noto, infatti, «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede».[242]

Grazie all'intervento della buona fede può allora leggersi la disciplina in esame come insieme di "regole di condotta"[243] cui il professionista deve conformarsi in un mercato che voglia tendere insieme al corretto funzionamento della dinamica concorrenziale e alla protezione del consumatore, coniugando il primo profilo, di sapore pubblicistico e di interesse generale, con il secondo, più prossimo alla dimensione privatistica del singolo scambio, in cui il consumatore viene in rilievo anche come persona e contraente debole, oltre che come "sovrano del mercato" e suo operatore razionale.

A tale proposito il concetto di *status*, evocato finora con riferimento al consumatore,[244] si rivela più utile, in questa sede, se riferito al professionista: quest'ultimo, infatti, proprio in ragione della posizione che riveste rispetto a quello, genera in esso un'aspettativa che, resa rilevante dalla buona fede, fa sorgere i già richiamati obblighi di comportamento. E ciò indipendentemente dal fatto che i due

---

commerciale scorretta non è vietata soltanto se *modifica* il comportamento del consumatore da essa *raggiunto*, ma anche se è *idonea a modificare* il comportamento di uno o più consumatori ai quali è *diretta*».

Il fatto che si tratti di tutela anche preventiva (la giurisprudenza è solita parlare a tale proposito di "illecito di pericolo"), non significa però che ci si possa disinteressare di quella successiva, ossia del problema dei rimedi che possano essere esperiti dai consumatori "raggiunti" dalla pratica. In questo senso, anche indipendentemente dalle previsioni dell'*ACQP* come riformulate nel *DFCR* (che sono prive di alcun valore vigente), sembra consentita una lettura in chiave di obblighi dei divieti di cui alla direttiva 2005/29/CE, la quale sarà in grado altresì di fornire utili spunti in tema di rimedi. Sul rapporto tra *ACQP* e *DCFR* cfr. C. Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, Europa dir. priv. 2010, 23, nt. 55.

[241] Sul punto cfr. Vigoriti, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 529 che osserva come nel quadro della normativa di nuova introduzione «va[da] inserito … un elemento ulteriore che si va affermando con il supporto di una giurisprudenza sempre più decisa. È quello della buona fede contrattuale che è fonte di impegno specifico e dalla cui violazione possono benissimo derivare conseguenze risolutorie o addirittura invalidanti».

[242] Così L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. comm. 1956, II, 360, ora in L. Mengoni, *Obbligazioni e negozio. Scritti*, II, cit. 272.

[243] Tale espressione, al di là del suo significato intrinseco, è in grado di evocare il tema, dibattuto in tempi recenti, del rapporto tra c.d. regole di condotta e c.d. regole di validità, il quale ha ripercussioni anche sulla scelta dei rimedi esperibili in presenza delle une o delle altre. Se ne tratterà più ampiamente nel prossimo capitolo.

[244] Sul punto cfr. cap. I § 1.3.

soggetti siano legati da un rapporto contrattuale: a prescindere dall'esistenza di un contratto "come atto", infatti, la buona fede è in grado di far sorgere in capo a soggetti che entrano in "contatto", pur non addivenendo a un accordo, un rapporto giuridicamente rilevante, che si estrinseca in reciproci obblighi di protezione.[245]

Quella degli obblighi di protezione,[246] non a caso, è la categoria che si è evocata[247] a definizione dei comportamenti dovuti dal professionista nella materia delle pratiche commerciali scorrette.[248] Essi, non qualificandosi come necessariamente

[245] Sulla categoria degli obblighi di protezione si veda l'ampia trattazione di C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in Enciclopedia giuridica Treccani 1990. Il tema era già stato oggetto d'indagine, seppur limitata, da parte di L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit. 231, ove l'Autore li aveva descritti come «quei comportamenti la cui inosservanza lede o mette a repentaglio l'interesse di protezione del creditore, ma non pregiudica altresì l'interesse positivo alla prestazione, vale a dire non esclude che la prestazione principale sia stata o possa essere ancora esattamente adempiuta». Essi hanno, infatti «contenuto autonomo rispetto all'obbligo principale di prestazione, e concorrono con questo alla realizzazione dello scopo complessivo del rapporto obbligatorio».

Sul punto cfr. altresì A. di Majo, *Le obbligazioni*, in Manuale di diritto privato europeo, cit., 148 ss.

[246] Degli obblighi di protezione tratta altresì A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, Europa dir. priv. 2008, 989 ss. proponendone l'applicazione al campo degli obblighi familiari. L'A. chiarisce che «il formarsi di una relazione intersoggettiva crea una serie di affidamenti reciproci che il principio di buona fede presidia già quando il rapporto nasce primariamente con connotati di carattere patrimoniale. Si pensi agli artt, 1337 c.c. e 1338 c.c., 1358, 1366 e 1375 c.c. della disciplina generale dell'obbligazione e del contratto. Pur trattandosi di rapporti tendenzialmente antagonistici il nostro ordinamento, secondo un'antica tradizione del diritto europeo di matrice romanistica, ha rifiutato la logica dell'*adversarial position* che invece ha caratterizzato il diritto inglese. Sicché pur nei rapporti di scambio, a base economica, si è innestato un principio etico volto a prendere in carico la dimensione relazionale in cui le parti si sono poste» (*op. cit.,* 960).

[247] Cfr. F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 1166, che rileva come «la diligenza professionale nelle pratiche commerciali sleali consiste in obblighi caratterizzati dalla pressoché esclusiva preordinazione alla protezione del consumatore sul versante della propria consapevolezza e della conseguente libertà di scelta».

[248] Anche la giurisprudenza sembra aver colto che la disciplina di nuova introduzione è volta all'arricchimento del contenuto del rapporto obbligatorio e in particolare all'imposizione al professionista di obblighi di protezione (spesso consistenti in obblighi di informazione) nei confronti del consumatore.

Dalla lettura delle sentenze pubblicate in materia si è già vista emergere infatti la volontà di precisare che la diligenza professionale di cui all'art. 20 del codice del consumo ha un contenuto diverso rispetto a quello della diligenza in senso tradizionale.

A tale proposito colpisce in particolare il fatto che, ogni volta che una decisione menziona il suddetto requisito, viene puntualmente riportata nel testo della pronuncia anche la definizione (di cui all'art. 18 co. 1 lett. h, cod. cons.) elaborata in sede comunitaria e contenente il già richiamato riferimento alla buona fede: come a voler chiarire che la diligenza professionale di cui si tratta è altra cosa rispetto a quella cui si riferisce il nostro art. 1176 c.c..

A conferma della testé rilevata consapevolezza del peculiare significato della diligenza nella materia *de qua*, stanno gli esiti giurisprudenziali cui conduce la suddetta regola, pur tanto ambigua dal punto di vista della sua formulazione. Essi, infatti, palesano che il diverso significato della "diligenza professionale", introdotto con la direttiva 2005/29/CE, è stato correttamente compreso (nonostante le incertezze e imprecisioni terminologiche che pure risultano evidenti dalla lettura delle sentenze). Gli interpreti, cioè, sembrano aver inteso che quella che continuano a chiamare diligenza - in ossequio al dettato normativo -, è in realtà la clausola generale di buona fede la quale dunque essi si impegnano a

accessori a un obbligo primario di prestazione, ma al contrario, vivendo di vita propria rispetto a esso,[249] possono infatti sorgere, autonomamente, anche prima o dopo che il contratto sia stato concluso, collocandosi a margine e tracciando il confine di un rapporto più latamente inteso.

Rende ulteriormente plausibile questa ricostruzione la stessa disciplina delle pratiche commerciali scorrette che individua (all'art. 19 co. 1 cod. cons.) il proprio terreno di applicazione in qualunque condotta posta in essere dal professionista «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».[250] Gli obblighi di

---

colmare mediante il richiamo a *standard* comportamentali cui i professionisti sono tenuti sulla base di essa.

Per un esempio dell'atteggiamento tratteggiato cfr., C.d.S. 21 settembre 2011, n. 5303: la pratica consisteva nell'aver addebitato in bolletta agli utenti telefonici «somme per connessioni e chiamate verso numerazioni satellitari internazionali e speciali di altri gestori non effettuate dagli utenti in modo consapevole nonché nella pretesa dell'immediato pagamento di tali importi, pena il distacco della linea telefonica». Con riferimento a tale condotta il Consiglio di Stato ha rilevato che «è stata addebitata [al professionista] l'omessa adozione di strumenti di prevenzione nella sua piena disponibilità, quali l'invio alla clientela di informazioni rilevanti in ordine all'esistenza e alla diffusione del fenomeno in esame, l'introduzione di sistemi di rilevazione, segnalazione e gestione delle anomalie dei dati di traffico, la formulazione più trasparente delle bollette. Le condotte individuate dall'Autorità, appaiono pienamente rispondenti al canone della diligenza professionale stabilito dal codice del consumo, definito come "il 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 di buona fede nel settore di attività del professionista" (art. 18 co. 1 lett. h). Si è già ricordato infatti che, in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, si verifica una maggiore asimmetria informativa tra consumatore e professionista, di tal che si deve considerare ancor più elevato l'onere di diligenza gravante sull'imprenditore nel fornire al consumatore tutte le informazioni utili per fruire dei servizi». In analogo caso, il C.d.S. ha precisato che «la circostanza che l'appellante non soltanto non abbia compiuto ogni ragionevole tentativo per rafforzare la tutela informativa dei consumatori sui rischi connessi agli usi indebiti di tali numerazioni a valore aggiunto ed anzi abbia tratto un sicuro vantaggio economico … costituiscono elementi che a giusto titolo sono stati valorizzati dall'Autorità per inferire la violazione degli obblighi professionali incombenti sulla odierna appellante quale "professionista" ai sensi del Codice del consumo» (C.d.S. 21 settembre 2011 n. 5306).

[249] In ciò gli obblighi di protezione si differenziano dagli altri obblighi accessori individuati dalla dottrina italiana: gli obblighi integrativi strumentali, e gli obblighi secondari di omissione. Sul punto cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit. 231, che con mirabile chiarezza descrive così i suddetti obblighi: «inesattamente sono stati annoverati tra gli obblighi di protezione i c.d. «obblighi secondari, non autonomi», meglio indicati come «obblighi integrativi strumentali», i quali non hanno uno scopo a sé stante (e quindi non possono farsi valere in giudizio con un'azione autonoma), ma tendono ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale, rappresentando altrettante specificazioni del contenuto di questa. Vengono qui in considerazione, da una parte, gli obblighi che potremmo chiamare «preparatori all'adempimento», per es. l'obbligo di custodia «incluso» nell'obbligazione di consegnare una cosa determinata (art. 1177), l'obbligo di fornitura della materia di cui all'art. 1658, ecc., dall'altra i c.d. «obblighi secondari di omissione» che altro non sono se non il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione, in quanto vietano ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività di prestazione, per es. l'obbligo di cui all'art. 1358, oppure quello sanzionato dall'art. 1662, comma 2».

[250] Sul punto cfr. G. De Cristofaro, *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. ed il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, cit., 213, che, a seguito della lettura coordinata degli artt. 18 e 19 afferma come possa «in conclusione evincersi che sono assoggettati

protezione, in maniera coerente con tale ampio riferimento, non hanno infatti radice in un contratto già concluso, né sono dallo stesso occasionati, ma si qualificano come autonome obbligazioni *ex lege* scaturenti, immediatamente o mediatamente,[251] dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, reso rilevante dalla buona fede,[252] da intendersi, in questo senso, come «norma volta alla tutela dell'affidamento di un

al nuovo Titolo III tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente «correlati» alla «promozione, vendita o fornitura» di un qualsivoglia bene o servizio a consumatori e vengano posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione, da parte di professionisti, di uno o più rapporti contrattuali con consumatori».

In questo senso la disciplina detta una serie di divieti/obblighi di condotta, ciascuno dei quali, in linea di massima, è suscettibile di essere violato prima, durante e dopo lo svolgimento del rapporto contrattuale in senso stretto (ossia nella fase delle trattative, o ancora prima, in quella della promozione; nella fase dell'esecuzione; dopo che la prestazione sia stata eseguita). Si pensi ad esempio alla disposizione che impone al professionista di rendere le opportune informazioni relative alla «manutenzione, ricambio, sostituzione e riparazione» del prodotto, di cui all'art. 21 co. 1 lett. e). Tale obbligo può essere dovuto/violato, a seconda della situazione concreta, già in una fase di trattativa, ovvero nel corso dell'esecuzione del contratto, o ancora una volta che la prestazione sia stata eseguita e sia tuttavia necessario procedere, ad esempio, alla sostituzione del prodotto.

Vi sono tuttavia alcuni obblighi/divieti che si prestano a essere dovuti/violati solo durante o dopo l'"operazione commerciale", si pensi ad esempio al disposto dell'art. 25 lett. d) che definisce quale pratica commerciale aggressiva il comportamento del professionista che ostacoli l'esercizio di diritti contrattuali del consumatore. Altri obblighi/divieti viceversa sembrerebbero dovuti/violabili, per loro natura, soltanto prima dell'operazione commerciale, ad esempio l'obbligo d'informazione relativo al prezzo del prodotto (art. 21 co. 1 lett d).

In ogni caso si tratta di divieti/obblighi che si configurano come autonomi rispetto all'obbligo primario di prestazione, sia per il loro fondamento, che, si vedrà è ravvisabile nella buona fede, sia per la loro fonte, che non è il contratto, bensì la legge.

[251] Cfr. Castronovo, *Obblighi di protezione* cit., 4.

[252] Gli obblighi di protezione, come ampiamente noto, trovano nella correttezza e nella buona fede contrattuale la loro fonte principale (Cfr. C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit. 3). Nel nostro ordinamento in particolare il loro primario ancoraggio normativo è da rintracciarsi nell'art. 1175 c.c. e, per quanto riguarda la materia contrattuale in senso stretto, gli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.: «questa nutrita serie di norme indica con chiarezza che il rapporto obbligatorio non è solo prestazione … sicché gli interessi che il rapporto debito-credito pur non è di per sé volto a soddisfare, non vengono tagliati fuori a priori, ma al contrario implicati in esso e perciò provveduti della forma giuridica ad esso propria; la loro lesione, cioè, viene regolata secondo lo stesso modello che presiede all'inadempimento» (Castronovo, *op. ult. cit*. 3). La buona fede, dunque, unitamente alla correttezza, crea quella che è stata detta una «esuberanza di rapporto, quale non si avrebbe se la legge si fosse limitata a rendere responsabile il debitore per l'inadempimento» (*ibidem*).

Il rapporto obbligatorio, alla luce di ciò, si configura come rapporto complesso, in quanto non è costituito dalla sola prestazione ma si sviluppa altresì con riguardo a quegli interessi che, pur non ponendosi sull'asse debito-credito, non vengono però nemmeno tagliati fuori dallo stesso: gli obblighi di protezione, in tal senso, «accedono al rapporto … in ragione dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e il proprio patrimonio dallo specifico pericolo di danno derivante dalla particolare relazione che si è costituita tra i due soggetti». Così L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 368.

Tali obblighi non scaturiscono, peraltro, soltanto dalla richiamata regola di buona fede e/o correttezza, ma possono derivare altresì da disposizioni particolari (quali, ad esempio, gli artt. 1681, 2087, 1228 c.c.). Ciò che li caratterizza rispetto all'obbligo primario di prestazione è il fatto di essere autonomi dal contratto, anche dal punto di vista della fonte, oltre che da quello della struttura.

soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione di affari».[253]

Si comprende allora che la materia *de qua* trova nella buona fede una significativa fonte di ispirazione, in grado di arricchire l'attenzione del professionista verso il consumatore.[254] In tal senso essa potrà coordinarsi con la diligenza andando a costituirne la misura[255] con la conseguenza che dovrà considerarsi conforme alla diligenza professionale di cui all'art. 20 cod. cons. il comportamento del professionista che abbia agito secondo buona fede nei confronti del consumatore.[256]

---

[253] Cfr. L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, cit., 279.

[254] Sulla centralità della buona fede nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette cfr. anche H. Collins, *The unfair commercial practices directive*, ERCL 2005, 420, il quale afferma che «At the heart of the Directive lies the good faith standard». L'A. evidenzia peraltro come il riferimento alla buona fede, in considerazione della sua natura di clausola generale, abbia sollevato non pochi dubbi in sede di elaborazione della disciplina. La buona fede, infatti, ha certamente il vantaggio di essere potenzialmente omnicomprensiva e di consentire la repressione di pratiche commerciali scorrette sempre nuove che i professionisti sono in grado di porre in essere. E tuttavia il rischio insito nella generalità della previsione è quello per cui di essa potrebbero darsi interpretazioni divergenti in grado di allontanare, anziché di ravvicinare, le legislazioni dei diversi paesi europei. Ricorda a tale proposito H. Collins (*op. ult. cit.*, p. 420 ss.) che «When the Commission originally proposed a general standard, many reservations where expressed about the possible vagueness and uncertainty that such a standard might create. The commission argued in favour of a general standard on the ground that business where always inventing new techniques for selling to consumers, some of which might be unfair, and that the legislative process aimed at sector specific measures would always prove too slow to prevent the use of novel unfair commercial practices unless it contained some general provision that the courts and administrative agencies could apply. Instead of the legislature constantly playing 'catch up', the Commission urged that the law should be devised so that it could 'catch all'. Business interests and some governments objected that the resulting vaguenessof the law would create considerable uncertainty about whether or not new marketing techniques were proihbited. Furthermore a general standard could be interpreted differently in national jurisdiction, so that the alleged benefit of comprehensive and uniform European legislation, namely that there would be a reduction of barriers to trade, would be lost in the process. Instead of achieving uniformity, a Directive that relied on a general clause might simply end up by provoking new differences between national laws». Ciononostante la Commissione ha valutato opportuno porre la buona fede al centro della disciplina de qua: per far fronte ai denunciati profili problematici, di cui dà atto Collins, la stessa Commissione ha tuttavia ritenuto di formulare le numerose disposizioni di dettaglio di cui si è detto, le quali, in tal senso confermano il loro ruolo di strumento volto ad aiutare l'interprete nel giudizio di scorrettezza della pratica commerciale.

[255] Alla possibilità di una rinnovata lettura della diligenza in base ad una sorta di innesto su di essa della buona fede fa riferimento F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, cit., 1117 ss., il quale ritiene che «con la commistione di diligenza e buona fede, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ha fatto propria una nozione di diligenza professionale rinnovata rispetto a quella tradizionale ….perché contraddistinta ….dall'imposizione di specifiche regole di condotta e di un generale precetto di azione in vista della salvaguardia dell'interesse del consumatore al compimento di processi cognitivi e decisionali consapevoli e all'esercizio della piena libertà negoziale» (p. 1161-1162).

[256] Giunge a tali conclusioni anche la più recente giurisprudenza (cfr. TAR Lazio, 12 settembre 2011, n. 7182), la quale osserva come «La scorrettezza di una pratica volta a reclamizzare un prodotto può … discendere anche dalle sole modalità di presentazione dello stesso, attraverso l'enfatizzazione di elementi di particolare capacità persuasiva che risulti idonea a creare nei consumatori una non corretta e completa percezione delle caratteristiche essenziali del prodotto, laddove *l'onere di correttezza gravante*

La buona fede, peraltro, è in grado di generare obblighi di protezione sia immediatamente, *ex* art. 1175 c.c., facendo rilevare il fatto dell'affidamento come fonte di obbligazioni diversa dal contratto e dal fatto illecito, sia mediatamente, qualificandosi come *ratio* innominata di altre norme di legge, da cui i suddetti obblighi scaturiscono direttamente.[257] Tale dicotomia è dato riscontrare anche all'interno della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ove - lo si è già ricordato - accanto alla norma generale (di cui all'art. 20 cod. cons.), da cui emerge la centralità della buona fede come clausola generale ispiratrice di tutta la materia, si collocano numerose norme "di dettaglio" che della regola generale hanno funzione chiarificatrice ed esemplificativa.

Queste norme possono allora essere osservate e descritte da due punti di vista: per un verso, quanto al loro rapporto con la regola generale di cui all'art. 20, esse assumono la funzione di fornire all'interprete esemplificazioni positive di come la clausola generale possa essere integrata nella materia *de qua*. Esse rappresentano, dunque, in tal senso, meri modelli di concretizzazione di quegli *standard* sociali che il giudice, se il modello mancasse, dovrebbe cercare da sé, nel contesto sociale, ad integrazione della clausola generale, e che invece, a fronte di una normativa siffatta, potrà limitarsi a rintracciare solo all'occorrenza.

Per altro verso, sotto il profilo da ultimo evocato degli obblighi di protezione, si tratta invece di norme autonome, in grado di dare vita a specifici divieti in capo al professionista, già determinati *ex lege* nel loro contenuto, e dei quali la buona fede

---

sul professionista impone di rendere informazioni complete, corrette e precise, specificando in modo contestuale e con adeguata evidenza grafica le caratteristiche del prodotto in modo da non indurre i consumatori ad assumere decisioni non consapevoli», il riferimento è invero alla correttezza e non alla buona fede, ma come noto si tratta di clausole generali che, per quanto interessa in questa sede, sono accomunate dalla medesima funzione di arricchimento del contenuto del rapporto obbligatorio. Per l'importanza rivestita dalla buona fede nella materia delle pratiche commerciali scorrette cfr. altresì TAR Lazio, 31 maggio 2011 n, 4909 secondo cui «L'accertata non veridicità e correttezza delle informazioni fornite dal professionista in ordine alle caratteristiche dei prodotti costituisce idoneo fondamento del formulato giudizio di scorrettezza ed ingannevolezza della pratica commerciale sanzionata, in quanto idonea ad indurre in errore il consumatore medio sulle caratteristiche principali dei prodotti, risultando altresì tale pratica non conforme al livello di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile, in base al quale la società ricorrente avrebbe dovuto, *nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, procedere ad una preventiva verifica presso il produttore circa la veridicità e attendibilità dei vanti attribuiti ai prodotti o astenersi dalla loro diffusione*».

[257] In tal senso cfr. C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., 6, ove si chiarisce per un verso che «gli obblighi di protezione, in quanto categoria generale del rapporto obbligatorio ... hanno trovato nel nostro ordinamento la loro fonte normativa fondamentale nell'art. 1175 del codice civile del 1942», per altro verso che in taluni casi è lo stesso legislatore, attraverso specifiche norme ispirate dalla buona fede, a operare la concretizzazione della clausola generale: è quanto accade, ad esempio, con gli artt. 1586 c.c., relativo all'obbligo di avviso a carico del conduttore, qualora dei terzi pretendano diritti sulla cosa locata; o dell'art. 1686 in tema di trasporto di cose. Cfr., *amplius*, nt. 252.

costituisce, allora, solo la *ratio* ispiratrice, che, pur conservando l'essenziale funzione di farne emergere la coloritura obbligatoria, non assurge però, in questo caso, al ruolo di fonte diretta.

La buona fede, quindi, se da un lato - in relazione a tutte le possibili condotte scorrette non ancora individuate dalla legge - mantiene la sua originaria funzione di clausola generale, evocativa di *standard* di comportamento che starà al giudice rintracciare,[258] d'altro lato rappresenta, se non la fonte immediata, però certamente il fondamento degli obblighi di protezione già individuati *sub specie* di pratica commerciale ingannevole o aggressiva,.

3.1.4. - La centralità dell'obbligo d'informazione.

Si è così delineata la "dimensione privatistica"[259] della materia delle pratiche commerciali scorrette, la quale si configura quale elemento peculiare della normativa in esame, confermando che quest'ultima non limita i suoi interessi al buon funzionamento del mercato (arroccandosi sui temi propri del diritto della concorrenza), ma si volge altresì alla protezione del consumatore.

[258] Sul punto, con specifico riferimento agli obblighi informativi, ma il discorso può essere generalizzato a tutti gli obblighi di protezione scaturenti dalla disciplina *de qua,* P. Bortone, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione, e responsabilità precontrattuale*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, cit., 278, chiarisce che la normativa in esame «fa sì che l'obbligo … non concerna esclusivamente le informazioni dettagliatamente indicate dalla direttiva ma si estenda fino a ricomprendere tutti gli elementi che devono essere portati a conoscenza del consumatore in relazione alle circostanza del caso concreto; conseguentemente l'inadempimento dell'obbligo informativo può sussistere anche in mancanza di una norma che imponga espressamente al professionista l'obbligo di fornire una data informazione». Sul punto cfr. altresì *op. cit*., nt. 9.

[259] L'avere rilevato la presenza di quella che si è detta "dimensione privatistica" della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, accanto a quella pubblicistica, giustifica la ricerca di rimedi di cui il consumatore possa avvalersi a fronte di una pratica commerciale scorretta. La duplice prospettiva, pubblicistica e privatistica della disciplina in esame coincide con quella che, più indietro nel tempo, aveva rilevato G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 412 ss., allora riferendola, in particolare alla tutela del consumatore nei confronti del produttore. Osserva l'Autore che «l'informazione protegge in tal caso, massimamente il pubblico dei consumatori, a prescindere dal concreto acquisto (o dall'effettiva utilizzazione) del prodotto. La tutela, in altri termini, sembra indirizzata non tanto alla salvaguardia dell'interesse privato del singolo consumatore, bensì a presidio di prerogative superindividuali e a garanzia del soddisfacimento di ragioni di pubblico interesse: l'obiettivo primario –si rileva – è di prevenire e reprimere, nell'interesse della generalità, comportamenti imprenditoriali giudicati socialmente riprovevoli». E tuttavia, aggiunge l'Autore, se «questa prospettiva è certamente lontana dal «modello relazionale» intersoggettivo che informa gli schemi della tutela civile dei diritti, ivi compresa quella *in contrahendo* [;] ciò nondimeno, ritenere inesistente qualsivoglia possibilità di aggancio a quel sistema sarebbe azzardato, ove solo si consideri che un prodotto sprovvisto del corredo delle necessarie informazioni circa le caratteristiche … è prodotto difettoso, e che la messa in commercio di un siffatto prodotto costituisce fonte di responsabilità del produttore».

Per avere la misura della sua specifica consistenza, è peraltro necessario entrare nel vivo delle norme in cui la disciplina in esame è articolata: ci si potrà render conto, così, di come le condotte vietate tratteggiate dal codice del consumo, alla luce dell'*input* offerto dalla buona fede, si prestino ad essere reinterpretate quali obblighi di comportamento, cui il professionista è tenuto nei confronti del consumatore.[260]

Da tale lettura emerge in particolare che tra gli obblighi di comportamento gravanti sul professionista ai sensi della normativa *de qua*, ruolo fondamentale riveste l'obbligo d'informazione.[261] La centralità che l'informazione assume in questa

---

[260] Per un'esemplificazione si vedano, l'art. 21 cod. cons., per cui «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» e l'art. 25 cod. cons. ai sensi del quale «nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) 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; d) 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; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata».

Ebbene tali condotte, oltre ad essere *vietate* dalla normativa *de qua*, sono suscettibili di considerazione anche quali condotte contrarie alla buona fede. Si ritrovano in esse, del resto, i connotati dell'agire doloso e violento che, se rileva per il nostro codice addirittura in termini di invalidità, è a maggior ragione da considerarsi quale comportamento contrario alla buona fede.

Argomenti in tal senso possono trarsi da A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in Corriere giuridico 2008, 112, secondo cui «la violazione della regola di condotta non sempre costituisce la ragione da sola sufficiente a invalidare il contratto, ma il più delle volte assume rilevanza soltanto in presenza di altri elementi, che nelle diverse ipotesi attengono all'equilibrio contrattuale e/o alla regolare formazione della volontà negoziale. Si realizza in tal modo una commistione tra regole di validità e regole di comportamento, che non è comunque estranea alla tradizione del nostro ordinamento come dimostrano le fattispecie del dolo e della violenza, nelle quali i raggiri o le minacce poste in essere da una delle parti rendono annullabile il contratto soltanto quando abbiano avuto una efficacia determinante del consenso manifestato dall'altro contraente»: se, però, tale efficacia non abbiano avuto, e dunque non riescano ad attingere la soglia dell'invalidità, esse sono comunque idonee a dare vita a responsabilità. E ciò in virtù della violazione della buona fede. Il che, per quanto riguarda il dolo, è addirittura esplicitato nella previsione di cui all'art. 1440 c.c., come rileva, individuandone la progenitrice nell'*actio de dolo*, C. Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit., 3.

[261] Si consideri, ad esempio, il disposto, già in parte richiamato, dell'art. 21 cod. cons, rubricato "Azioni ingannevoli" secondo cui «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

a) l'esistenza o la natura del prodotto;

b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi,

l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;

c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;

d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;

e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (1), o i rischi ai quali può essere esposto.

2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

a) una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente;

b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove:

i) non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile; e ii) il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice».

Significativo in tal senso è altresì l'art. 22 cod. cons. rubricato "Omissioni ingannevoli" ai sensi del quale: «è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

2. Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al paragrafo 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

3.Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per comuni- care la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione dei consumatori con altri mezzi.

4.Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professioni- sta per conto del quale egli agisce;

c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del pro- dotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e tratta- mento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni

normativa è una conferma dell'attenzione riservata dal legislatore della direttiva 2005/29/CE al contraente debole, giacché l'informazione costituisce, ormai da tempo, il veicolo attraverso il quale il diritto europeo realizza i suoi obiettivi di protezione, oltre che di equilibrato svolgimento della dinamica concorrenziale.[262] A tale proposito è noto che numerosi sono i «luoghi di atti legislativi europei nei quali gli obblighi di informazione sono stati previsti, onde ne è nata l'idea (si tratta infatti solo di un progetto) di disciplina contenuta negli articoli da II-3:101 a 3:109 del *Draft common Frame of Reference*, nella quale ha trovato generalizzazione il c.d. *acquis* comunitario in materia».[263]

Il tema dell'informazione, nell'intersecarsi con quello delle pratiche commerciali scorrette, è preso in considerazione in maniera omnicomprensiva e generalizzata dal legislatore comunitario[264] tanto che è suscettibile di ricomprendere sia le ipotesi in cui essa è oggetto di un obbligo «positivo» (*ex lege* o *ex contractus*), sia l'informazione facoltativa, «resa cioè *propria sponte* (o anche sollecitata, ma) a prescindere dall'esistenza (o dalle ragioni imposte dall'osservanza) di un vincolo giuridico» contrattuale.[265] E ciò in quanto, come già si è messo in evidenza, gli obblighi

---

commerciali che comportino tale diritto.

5. Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo».

[262] Sulla duplice funzione dell'informazione e sulla difficile delimitazione dei confini tra l'obbligo d'informazione e il dovere di trasparenza cfr. l'ampia trattazione di R. Alessi, *I doveri di informazione*, cit., 391 ss, che mette in luce come «Se è vero … che l'obiettivo di *disclosure*, volto a rendere il più possibile trasparente la relazione mediata dal contratto, e vieppiù quella tra professionista e consumatore, trova quale inevitabile presupposto il moltiplicarsi dei doveri di informazione, non del tutto appagante appare la relazione inversa: nel senso che meramente descrittiva rimarrebbe una considerazione dei doveri di informazione che ad essi assegnasse solo la generica funzione di accrescere e corroborare l'auspicata trasparenza delle relazioni di mercato. D'altra parte, seppure il rispetto dei doveri d'informazione, ove posti a carico degli operatori del mercato, è comunque funzionale ad assicurare trasparenza e correttezza delle relazioni di scambio e dunque dell'attività negoziale di cui essi sono parte, non per questo tali doveri possono sempre collocarsi all'interno della singola vicenda negoziale».

[263] Così cfr. Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit., 23 il quale fornisce compiuta indicazioni di quali sono i principali "luoghi normativi" dell'informazione nel diritto europeo. Per una più puntuale analisi dell'obbligo di informazione nel DCFR si veda lo stesso C. Castronovo, *Information Duties and Precontractual Good faith*, Eur. Rev. Pr. L. 2009, 559 s.

[264] Cfr. P. Bortone, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione, e responsabilità precontrattuale*, cit., 278-279.

[265] Sul punto cfr. G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, cit., che tratteggia gli scenari nei quali può verificarsi che l'informazione divenga rilevante anche al di fuori di un obbligo giuridico a che essa sia fornita. L'Autore in particolare distingue tra l'ipotesi in cui il contatto informativo sia di tipo «amichevole» - e ritiene che in questo caso debba escludersi la natura obbligatoria dell'informazione, poiché essa costituisce evento occasionale o eccezionale - e l'ipotesi in cui l'informazione «rappresenti pratica abituale o, comunque, frequente e/o si innesti in una *special*

cui il professionista è tenuto in forza della disciplina in esame, e dunque anche quello d'informazione, sono riferibili non solo al momento in cui un contratto sia già stato stipulato o, addirittura, ad esso sia stata già data esecuzione, ma anche al momento in cui il contratto non è ancora venuto ad esistenza, versandosi nella fase delle trattative, ovvero, addirittura, in quella, ancora precedente, di promozione del prodotto sul mercato: in quella fase che, tratteggiata da ultimo anche dall'art. II-3:102 DCFR, riguarda il momento della sollecitazione del consumatore alla valutazione se acquistare o meno un certo bene.[266]

---

relationship tra i due soggetti, poiché – sussistendo tali condizioni – diviene legittimo e giustificato l'affidamento riposto dall'informato circa l'esattezza di quanto riferitogli» (*op. cit.,* 380-381).

Tra i casi specificamente presi in esame nell'opera richiamata vi è quello della diffusione di messaggi pubblicitari menzogneri, che si rivela particolarmente vicino alla materia di cui si occupa la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Osserva l'Autore, a tale proposito, come «l'informazione [sia] qui destinata alla generalità indistinta dei consociati, tutti potenziali fruitori della notizia rivelata; il problema dell'informazione corretta ed adeguata diventa – in questo contesto – funzionale all'esigenza di tutela manifestata dai «consumatori» e si esplicita, tra l'altro, nel controllo dei «contratti standards» e/o delle condizioni generali di vendita, nella verifica circa i caratteri qualitativi del prodotto immesso sul mercato … nella lotta contro utilizzazioni distorte e improprie dello strumento pubblicitario» (*op. cit.*, 397-398). Operato tale inquadramento, di tipo descrittivo, della diffusione di notizie inesatte o erronee presso il pubblico, l'Autore prosegue indagando la natura del rapporto che tali informazioni presuppongono, e giunge alla conclusione che esso non possa essere qualificato come precontrattuale, poiché, pur essendo le informazioni suddette certamente rilevanti per la formazione del consenso, esse non sono però oggetto di scambio tra soggetti determinati, quali invece dovrebbero essere coloro che intraprendono una trattativa. Ciò chiarito rileva allora lo stesso Autore che, se è vero che tali informazioni costituiscono «fattore di mera sollecitazione e/o incentivazione all'acquisto, la cui diffusione non integra alcuna vicenda formativa del contratto, parimenti certo è che essa possa ingenerare un legittimo e giustificato affidamento nella corrispondenza del prodotto (nelle sue caratteristiche strutturali e funzionali) a quello reclamizzato» di talché «può emergere un pregiudizio patrimoniale per lesione dell'affidamento suscitato nella veridicità di quanto riferito sul prodotto, e - dunque - la conseguente responsabilità extracontrattuale dell'imprenditore cui sia da imputare la diffusione dell'informazione» (*op. cit.*, 406-407). L'*iter* seguito nella definizione del fondamento di questi obblighi informativi verso il pubblico (che l'Autore individua correttamente nell'affidamento) è condivisibile pressoché *in toto*, eccezion fatta per la conclusione cui egli giunge, quando vorrebbe qualificare la responsabilità scaturente dalla delusione dell'affidamento come responsabilità extracontrattuale. Diversamente, come sarà illustrato più ampiamente nel prosieguo, si ritiene che la responsabilità che sorge a carico di colui che deluda l'altrui affidamento sia configurabile come responsabilità contrattuale poiché derivante dalla violazione di un *vinculum iuris*, generato dall'affidamento stesso, in quanto reso rilevante dalla buona fede.

[266] La corrispondenza tra la previsione del DCFR e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è messa in luce da C. Castronovo, *Information Duties and Precontractual Good faith*, cit., che osserva come l'art. II-3:102 del DCFR è modellato sull'art. 7 della direttiva 2005/29/CE (art. 22 cod. cons. relativo alle omissioni ingannevoli) e che esso «turns this provision into a contractual duty». A tale proposito, rileva l'Autore, «DCFR has introduced in general part of the law of contract what was already a European general rule regarding relationships between professionals and consumers. Thus, although one could affirm that the principle of information as a duty is not accepted in many national legal systems, it had already become a general European rule». La rivisitazione operata dal DCFR della normativa *de qua* in termini di obbligo, conferma la correttezza della lettura che si è data della direttiva 2005/29/CE, o comunque la sua coerenza con l'evoluzione in atto del diritto europeo, teso a una sempre maggior valorizzazione della buona fede come fonte di obblighi per i suoi attori. Per altro verso può altresì

Quest'ultimo è il terreno che si rivela più "sdrucciolevole" ai fini dell'inquadramento del dovere d'informazione sotto l'egida dell'obbligazione: la perplessità è data dal fatto che, mancando un contratto tra le parti, e talvolta addirittura un rapporto descrivibile quale trattativa, potrebbe risultare non facilmente rintracciabile il fondamento del suddetto obbligo, con l'ulteriore difficoltà di stabilire quali possano essere le conseguenze, in termini di rimedi, dell'informazione inesatta rivelatasi fonte di danno per il consumatore.

Vi sono invero dei casi in cui l'informazione è dovuta dal professionista in forza di una espressa previsione di legge, che individua precisamente il contenuto e altresì la forma di cui l'informazione dev'essere rivestita.[267] Vi sono altri casi in cui, versandosi nella fase tradizionalmente nota come precontrattuale, in cui due soggetti determinati entrano in trattativa,[268] è la buona fede (sulla scorta della previsione di cui all'art. 1337 c.c.) a far sorgere in capo al professionista obblighi di protezione nei confronti del consumatore.[269] Ma «chiaramente non può essere considerato in misura parimente cogente l'obbligo precontrattuale nel senso in cui esso è contemplato nell'art. 3:102 del DCFR come "l'informazione rilevante e necessaria per il consumatore medio nella situazione concreta per prendere una decisione informata sull'opportunità di concludere il contratto"».[270] In tal caso, infatti, si prende in considerazione anche la rarefatta dimensione dell'offerta del professionista al pubblico vasto dei consumatori, nella quale più difficile è intravedere le sembianze di un rapporto obbligatorio.

Sennonché anche in questi "casi limite" sembrerebbe potersi affermare che la buona fede, rendendo rilevante l'affidamento che il consumatore ripone nel

---

rilevarsi che la lettura in chiave obbligatoria della direttiva 2005/29/CE assurge al ruolo di referente, nel diritto vigente, della disciplina predisposta dal DCFR il quale, come noto, è privo della forza di legge.

[267] Sul punto R. Alessi, *I doveri di informazione*, cit., 411 ss.

[268] C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, Manuale di diritto privato europeo cit., 325 ss.

[269] Chiarisce Mengoni, *Obbligazioni «di risultato»* cit., 230, nt. 16, che «gli obblighi di protezione sorgono già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337), e in questo stadio costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*. La concezione della responsabilità precontrattuale, o, più in generale, prenegoziale, come responsabilità fondata sul principio dell'art. 2043, deve considerarsi ormai superata anche in Italia. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto è stabilito dall'art. 1337 come obbligo *inter partes*, vale a dire è un obbligo relativo e dunque la sua violazione determina una responsabilità contrattuale. L'ampia previsione dell'art. 1337 impone inoltre di allargare il campo della responsabilità *in contrahendo*, comprendendovi non solo le ipotesi originarie dello Jhering (artt. 1338, 1902, 1398), ma altresì le ipotesi connesse alla conclusione di un negozio valido (per es. artt. 1328, 1440, 1812, 1821, 1893)».

[270] Così Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo*,* cit., 24.

professionista in ragione del suo *status*, fa scaturire in capo a quest'ultimo obblighi di comportamento e di informazione:[271] tale conclusione, lo si vedrà, non può che condurre a esiti di responsabilità contrattuale.

3.1.5. - Pratiche commerciali scorrette e obbligazione senza prestazione.

L'attribuzione alla buona fede di un ruolo centrale nella materia *de qua* come fonte di obblighi di comportamento per il professionista,[272] anche indipendenti dalla stipulazione di un contratto, nonché, addirittura, dall'instaurazione di una trattativa in senso stretto, rivela, allora, che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette può costituire terreno appropriato per l'applicazione della teorica dell'*obbligazione senza prestazione*.[273] Proprio nella normativa di recente introduzione emerge, infatti, l'attualità e l'utilità di tale categoria, in grado di fornire una chiave di lettura coerente con l'ordinamento, per una disciplina di cui altrimenti risulta sfuggente l'appiglio sistematico. E ciò con particolare riferimento a quegli obblighi di comportamento e di informazione, che, sussistenti a prescindere dall'obbligo primario di prestazione, per via dell'assenza di un contratto, esigono cionondimeno una giustificazione.

La peculiarità dell'obbligazione senza prestazione rispetto agli obblighi di protezione, cui si è fatto iniziale riferimento, sta nel fatto che essa risponde all'esigenza di dare forma a obblighi *ab origine* avulsi da un obbligo di prestazione. Gli obblighi di protezione, infatti, sebbene siano, come si è *supra* evidenziato,[274] autonomi rispetto

---

[271] Si consideri, a tale proposito, che ancor prima della fase delle trattative vi è quella che i tedeschi chiamano *Vertragsanbahnung* (che evoca il concetto dell'«essere incamminati verso il contratto»), e che in quell'ordinamento si considera già qualificabile come rapporto obbligatorio poiché «dal momento in cui un cliente entra in un supermarket, si instaura un rapporto obbligatorio … il cui contenuto è costituito dall'obbligo di avere cura dei diritti e interessi dell'altra parte». Sul punto Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo*,* cit., 11.

[272] Si era detto nel primo capitolo della sua funzione più generale di moralizzazione del mercato § 4.3.1.

[273] La categoria che è stata elaborata da C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, in Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano 1995, è oggetto di ancora più ampia trattazione nel pressoché omonimo capitolo de *La nuova responsabilità civile*, cit.. Il tema costituisce uno dei motivi dominanti nel pensiero dell'Autore che anche di recente se n'è occupato in *Vaga* culpa in contrahendo: *invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit.. e altresì in C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa dir. priv. 2011.

La stessa categoria è stata criticata in epoca recente da M. F. Cursi, *L'illiceità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 19, nt. 58, e altresì da E. Navarretta, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, Liber Amicorum per Francesco Busnelli, Milano 2008, 626. La replica alle critiche si trova in C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 682 ss. e 699 ss..

[274] Cfr. *supra* nt. 252 e nt. 257.

all'obbligo di prestazione (sotto il profilo della fonte e sotto quello della struttura), tuttavia, o riguardano fattispecie «nelle quali l'obbligo di prestazione non è venuto ad esistenza perché non è stato concluso o è nullo il contratto da cui altrimenti esso sarebbe sorto, ovvero [sono] superstiti di un rapporto nel quale l'obbligo di prestazione sia stato già adempiuto».[275]

Diversamente l'obbligazione senza prestazione ha consentito di affermare che di obblighi *lato sensu* di protezione si possa parlare in capo al professionista anche prescindendo del tutto dalla conclusione di un contratto,[276] e ha così fornito una risposta all'esigenza - avvertita a partire dagli anni novanta - di dare una collocazione sistematica a numerose ipotesi di danno smarrite nell'«area di turbolenza» che si estende «ai confini tra contratto e torto».[277]

Alla luce di ciò, dunque, più appropriato sembra il ricorso, nella materia *de qua*, alla figura da ultimo richiamata. Essa, infatti, è in grado di mettere in luce come «l'essenza del rapporto obbligatorio … non è costituita dall'obbligo di prestazione, che appunto può mancare, bensì dagli obblighi finora chiamati accessori ma che … è meglio chiamare funzionali al corretto svolgersi di quello che, nato da un contatto sociale qualificato, mediante essi diventa rapporto giuridico».[278]

---

[275] Sul punto cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, 448.

[276] Significative in tal senso sono le conclusioni cui è giunto, più o meno consapevolmente, nell'ordinamento tedesco K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*[14] I, München 1987, p. 123 s., delle quali dà conto Castronovo, *op. ult. cit.,* 552 e che hanno indotto la giurisprudenza tedesca ad affermare che il «rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, al quale viene ricondotta la responsabilità da informazioni, fornite da soggetti professionali *fuori da una qualsiasi relazione negoziale*, provvede infatti la veste dogmatica per l'affidamento creato da quelle "persone e imprese che, in relazione alla loro particolare posizione professionale o economica o alla loro specializzazione di conoscitori professionali di una materia, assumono una posizione di garanzia"» (*ibidem*).

Tali considerazioni sembra riecheggiare (consapevole o meno che ne sia stata) seppure senza riferirsi direttamente al modello dell'obbligazione senza prestazione la recente sentenza del TAR Lazio, 25 gennaio 2011 n. 732 secondo cui «Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali non corrette richiedono … ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da [specifiche discipline di settore], ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché della finalità di tutela perseguita dal Codice [del consumo] … Viene quindi in considerazione la presenza di una particolare "posizione di garanzia" – alla quale accede uno specifico "dovere di protezione" – le cui ricadute involgono non già l'esistenza di una forma di responsabilità oggettiva, quanto piuttosto la pretendibilità di uno *standard* di diligenza particolarmente elevato, non riconducibile ai soli canoni civilistici di valutazione della condotta ed esteso a una fase ben antecedente rispetto all'eventuale conclusione del contratto».

[277] Sul punto C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione*., cit., e altresì *La nuova responsabilità civile*, cit. 443 ss.

[278] Così C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 67 s.

A conferma del fatto che l'obbligazione senza prestazione è figura calzante in questa sede, basti chiarire che tra le più significative ipotesi in cui essa ha trovato riconoscimento in dottrina vi è proprio quella dell'obbligo di informazione gravante sul professionista che, pur al di fuori di un rapporto contrattuale, si trovi a fornire indicazioni relative al proprio settore di attività.[279] Orbene tale ipotesi, come già messo in evidenza, costituisce altresì esempio emblematico di quanto il professionista è tenuto a fare per evitare che la pratica commerciale che egli pone in essere sia giudicata scorretta: esso, infatti, (che, come già evidenziato, è tenuto a condotte delle più varie) è innanzitutto gravato del dovere di informare i consumatori al fine di consentire loro di operare una scelta libera e consapevole del prodotto, non solo in una fase precontrattuale, o contrattuale, ma anche prima e indipendentemente dal contratto, per il solo fatto che, operando nel mercato in funzione di conquistarne la clientela, fornisce addirittura spontaneamente informazioni alla massa dei consumatori.

Volendo instaurare un parallelo con un caso già trattato in dottrina, i comportamenti imposti al professionista dalla normativa *de qua* si pongono su un piano analogo a quello degli obblighi gravanti sull'emittente che, al momento dell'offerta di titoli sul mercato mobiliare, è tenuto a redigere e far conoscere il prospetto relativo all'emissione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 94 e 113 del t.u.f.. La similitudine non investe tanto l'obbligo di pubblicare il prospetto che l'emittente è tenuto a osservare nei confronti dei destinatari di una sollecitazione all'investimento (la cui violazione darebbe luogo a responsabilità precontrattuale)[280] quanto piuttosto gli obblighi scaturenti dall'art. 114 t.u.f., che impone agli emittenti quotati, e ai soggetti che li controllano, di informare il pubblico delle vicende societarie e di quelle inerenti alla loro attività,[281] le quali siano in grado di influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari.

---

[279] Sul punto si veda Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 492, secondo cui «La responsabilità da informazioni non veritiere costituisce probabilmente la questione più controversa tra quelle che si collocano ai confini tra contratto e torto».

[280] Sul punto ancora Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* cit., 518, che rileva come il prospetto «contiene informazioni riguardanti la società stessa da cui esso promana ed è teso a sollecitare l'interesse degli investitori destinato a concretizzarsi in un contratto di acquisto dei titoli della società. E la pubblicazione del prospetto è in questo caso strumento tipicamente precontrattuale che giustifica l'affermazione di responsabilità a tale titolo».

[281] Ai sensi dell'art. 114 d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (rubricato "Comunicazioni al pubblico") «1.Fermi gli obblighi di pubblicità previsti da specifiche disposizioni di legge, gli emittenti quotati e i soggetti che li controllano comunicano al pubblico, senza indugio, le informazioni privilegiate di cui all'articolo 181 che riguardano direttamente detti emittenti e le società controllate». Ai sensi del

Rispetto a questi ultimi obblighi si è osservato che essi rientrano «nella categoria più ampia della [responsabilità da violazione di obblighi, precisamente da] obbligazione senza prestazione» che sorge anche «nei confronti di soggetti che non si trovino già in relazione con l'emittente come investitori, ma lo diventino in una situazione di assenza o carenza dell'informazione dovuta. L'informazione oggetto dell'obbligo in questione è infatti funzionale alla tutela dell'affidamento che la presenza sul mercato di soggetti ai quali può rivolgersi il pubblico ai fini di investimento genera, e non va deluso».[282]

Analoghe considerazioni sembra possano farsi anche in merito alle pratiche commerciali scorrette, rispetto alle quali il professionista, affacciandosi sul mercato al fine di vendere i suoi prodotti, si confronta con consumatori che si affidano alla sua professionalità, e rispetto ai quali dunque, è tenuto a fornire informazioni corrette.

Nel prossimo capitolo si avrà modo di capire come tale assunto acquisti rilievo determinante nella individuazione dei rimedi esperibili dal consumatore eventualmente leso dalla pratica commerciale.

3.1.6. - Il recupero del ruolo della diligenza nelle pratiche commerciali scorrette.

L'aver riconosciuto il ruolo della buona fede, per il cui tramite sorgono (immediatamente o mediatamente) obblighi di protezione in capo al professionista, in ragione del suo *status*, «prima, durante e dopo» (e quindi anche indipendentemente dal)la conclusione di un contratto, e l'aver constatato come, tra detti obblighi, ruolo di prim'ordine assuma quello di informazione, consente, ulteriormente, di riconsiderare la diligenza (che si era posta in secondo piano per via della sua natura di criterio teso a misurare l'adempimento dell'obbligazione solo nella fase di attuazione) sotto una diversa angolatura, più coerente con l'architettura di questa disciplina tanto difficile da decifrare.[283]

---

richiamato articolo art. 181 (rubricato *Informazione privilegiata*) «1.Ai fini del presente titolo per informazione privilegiata si intende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari».

[282] Castronovo*, La nuova responsabilità civile*, cit., 522.

[283] Accertata la sua inadeguatezza resta da chiedersi il perché di una formulazione tanto oscura da indurre a esiti interpretativi così lontani dal dato letterale. E infatti rileva De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., 126 che «invero, stupisce non poco che ai fini della qualificazione di una pratica commerciale in termini di «slealtà» la Commissione facesse ricorso alla nozione di «diligenza professionale» e alle categorie della competenza/perizia e della attenzione/cura. Non sembra tuttavia che a tale circostanza debba attribuirsi soverchio peso: la Relazione illustrativa della Proposta del 2003

E ciò in quanto gli obblighi nei quali si estrinseca lo "stato professionale" (quale sintesi di premura e conoscenze che ci si attende siano messe a frutto da chi ne è dotato, in ogni manifestazione della propria professionalità, anche estranea rispetto all'esecuzione di una prestazione) debbono essere corredati dalla stessa perizia e diligenza che dovrebbero accompagnare l'esecuzione della prestazione, ove sia essa a costituire l'oggetto dell'obbligazione.

Sotto questo profilo, dunque, l'art. 1176 co. 2 assume il significato ulteriore di riferire il dovere di diligenza e di perizia anche a chi, pur non tenuto in forza di un contratto all'obbligo di prestazione, cionondimeno decida (*sua sponte* o assecondando l'altrui richiesta) di svolgere un'attività contrassegnata dal carattere della professionalità, ad esempio fornendo informazioni, pur non richieste o contrattualmente dovute, in merito ai prodotti che egli stesso produce o commercia.[284]

In tal caso, infatti, - ed è quanto accade nella materia in esame – versandosi nell'ipotesi di un'attività esercitata da un soggetto professionale, come tale caratterizzato da un preciso *status*, il «soggetto così qualificato è tenuto alla perizia e diligenza previste dall'art. 1176 cod. civ., anche se non è obbligato a nessuna prestazione nei confronti di colui che ha chiesto l'informazione. L'assenza previa del *vinculum iuris* sta infatti a denotare che il soggetto professionale, richiesto dell'informazione, può ben non fornirla proprio perché non vi è tenuto. Nel momento però in cui l'informazione viene data, questa non può non essere corredata della stessa perizia e diligenza che la contrassegnerebbero ove essa fosse oggetto di un obbligo di prestazione. Questo sta a significare quanto dicemmo in precedenza a proposito dell'art. 1176, 2° comma: che la disposizione in esso contenuta non indica soltanto la misura del dovere di perizia alla quale è tenuto il debitore professionale di un obbligo di prestazione, ma riferisce questo dovere a ogni ipotesi in cui, pur al di fuori di un obbligo di prestazione, tale soggetto esplichi un'attività che, in quanto a esso imputabile, è *ab*

---

dimostra infatti in modo inequivocabile che tale terminologia era stata impiegata in un'accezione piuttosto generica e atecnica da parte della Commissione, le cui scelte semantiche, lungi dall'essere motivate da consapevoli e meditate prese di posizione teoriche e sistematiche, apparivano piuttosto configurarsi come opzioni sostanzialmente affrettate e casuali, compiute con un approccio superficiale e confuso al delicato problema della distinzione fra «diligenza» e «correttezza». Per un riscontro in merito ai lavori preparatori cfr. COM (2003) 356 def., n. 53; sulla nozione di diligenza professionale cfr. in particolare p. 14.

[284] L'adattamento del disposto dell'art. 1176 co. 2 agli obblighi di protezione è da attribuirsi a C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* Milano 2006, 495 s..

origine qualificata dalla medesima professionalità e non può non tradursi negli stessi comportamenti che esso adotterebbe ove vi fosse obbligato».[285]

In conclusione, la normativa *de qua* (che si è cercato di riportare a coerenza rispettandone la formulazione,[286] e senza perderne di vista gli obiettivi)[287] nell'imporre

---

[285] Il tema era già stato trattato ampiamente da Castronovo ne *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 224.

La riflessione dell'Autore si colloca in un discorso più ampio relativo alla natura contrattuale della responsabilità "di stato" a proposito della quale egli afferma che «lo *status* che rileva è ancora una volta quello del soggetto professionale, alle cui conoscenze tecniche ci si affida e che tali conoscenze non può non mettere a frutto nel fornire l'informazione» (Castronovo, *op. ult. cit.,* 224): in tale contesto «la diligenza come perizia, disciplinata dal 2° comma dell'art. 1176 cod. civ., non è più soltanto un parametro particolare di commisurazione dell'esattezza del comportamento del debitore professionale ma, prima ancora, diventa sintomatica dell'ascrizione all'ambito della responsabilità contrattuale di tutti i comportamenti che, esista o meno un obbligo di prestazione, il soggetto professionale come tale pone in essere nei confronti dei terzi» (*op. ult. cit.* 218).

Tale interpretazione, costituisce il frutto di un avanzamento, operato da Castronovo, rispetto alla concezione dell'art. 1176 co. 2 elaborata in precedenza da Mengoni, che già aveva attribuito a tale norma un significato ulteriore rispetto a quello di cui al primo comma dello stesso 1176 co. 1.

Per Mengoni la diligenza professionale di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c. si configurerebbe, infatti, quale criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione gravante sull'esercente un'attività professionale trasfigurandosi, in tal senso, in perizia e comprendendo perciò tutti gli atti e le attività materiali oggettivamente richiesti, secondo le regole della buona tecnica, dallo scopo della prestazione.

Afferma a tale proposito l'Autore che «è innegabile … che, in tale applicazione, la diligenza non ha più il significato proprio di un dovere di sforzo in direzione dell'adempimento, cioè strumentalmente ordinato alla conservazione della possibilità di adempiere. L'identità di nome non deve creare confusione di concetti. Nella diligenza, imposta dagli articoli citati per ultimi, si esprime lo stesso dovere primario di prestazione, non già un momento della buona fede bensì la misura complessiva della buonafede dedotta nei rapporti di cui si tratta. Il diverso significato della diligenza, come misura del contenuto di certe obbligazioni, si rivela senza difficoltà nell'ambito delle obbligazioni di fare, inerenti all'esercizio di un'attività professionale. Qui l'art. 1176, comma 2, dispone in generale che la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata cioè a dire la diligenza comprende tutti gli atti oggettivamente richiesti - secondo le regole della buona tecnica (cfr. art. 1618) - dallo scopo della prestazione» (cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 167).

[286] Nella interpretazione che si è data del requisito della "contrarietà alla diligenza professionale" si è tentato di valorizzare da un lato la clausola generale di buona fede, dall'altro il parametro della diligenza professionale, parimente menzionate nella direttiva, attribuendo ad entrambe un preciso significato e un ruolo imprescindibile in funzione del giudizio di scorrettezza (il che, come si è visto, ha comportato un'opera di rilettura del disposto normativo e, per così dire, una diversa "accentazione" degli elementi da essa messi in rilievo). Si è così evitato l'approdo, eccessivo, all'eliminazione radicale del requisito della diligenza cui altri ha ritenuto di giungere, partendo peraltro dalla diversa considerazione della diligenza come contraltare della *culpa,* dalla quale già si è evidenziata l'opportunità di discostarsi. Il riferimento è a M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette,* cit., § 4, secondo cui «il dato testuale è chiaro nel senso che la violazione dei criteri di diligenza (cioè la negligenza) non è requisito essenziale ai fini dell'inibitoria delle PCS. Ciò implica che la negligenza non è un connotato essenziale della fattispecie PCS, ma solo della fattispecie della "pratica commerciale scorretta" colpevole … ciò che il legislatore ha voluto affermare è solo che il requisito della colpevolezza, ai fini del risarcimento del danno e dell'irrogazione di ammende, dev'essere accertato con criteri oggettivi e tipici ("diligenza professionale") … l'indicazione legislativa è chiara nel senso che l'imprenditore non può allegare, a propria discolpa, né la propria disinformazione, né le proprie personali abitudini, e che risponde altresì delle "disfunzioni

al professionista determinati obblighi di informazione e più in generale di condotta nei confronti dei consumatori, a partire dal momento in cui esso propone il proprio prodotto sul mercato e indipendentemente dalla conclusione di qualsivoglia contratto - così da rendere il più consapevole e libera possibile la scelta del prodotto - può dirsi, al pari del codice civile e conformemente al *trend* europeo inaugurato dai PDEC, contenere la regola di buona fede allo stato diffuso[288] seppure, in questo caso, nascosto dalla fuorviante veste della diligenza professionale. [289]

---

imputabili alla cattiva organizzazione aziendale … Ciò significa però che gli altri due termini (pratiche di mercato oneste e buona fede nel settore professionale), surrettiziamente presentati nel testo come elementi della definizione di diligenza, hanno invece una portata normativa autonoma … La sola interpretazione ragionevole è dunque, per contro, quella per cui le pratiche disoneste e quelle contrarie al principio di buona fede, sono vietate per sé, a prescindere da un controllo sulla diligenza del relativo comportamento».

[287] Dar vita a un mercato che sia in grado di operare in regime di concorrenza senza danneggiare i consumatori.

[288] Così si è espresso C. Castronovo, *Un codice per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana dei principi di diritto europeo dei contratti cit., XXXIII. L'aver posto la buona fede al centro di questa normativa consente di porla in stretta connessione con la direttiva n. 13 del 1993 in materia di clausole abusive: entrambe, infatti, fanno della buona fede oggettiva il proprio imprescindibile fulcro. In tal senso osserva G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., 124, «esiste fra queste due direttive uno stretto collegamento, dovendo in esse ravvisarsi i due grandi pilastri del sistema comunitario delle regole cui debbono attenersi i professionisti nei rapporti contrattuali che promuovono, instaurano e attuano con i consumatori, un sistema che d'ora in poi sarà essenzialmente imperniato su due fondamentali divieti: il divieto di inserire (unilateralmente e senza «trattativa individuale») clausole abusive nei regolamenti negoziali destinati a disciplinare i rapporti contrattuali intercorrenti con consumatori e il divieto di ricorrere a «pratiche commerciali sleali» per promuovere l'instaurazione o in sede di esecuzione di tali rapporti». Accomuna del resto le due suddette normative anche il carattere di generalità, dal momento che entrambe sono suscettibili di trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale: il che ulteriormente «conferma poi 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)» G. De Cristofaro, *ibidem*.

[289]L'aver ricondotto la definizione di pratica commerciale scorretta ai parametri della correttezza e della buona fede consente altresì un'ulteriore considerazione: per il tramite della buona fede la norma fondamentale della disciplina in esame (art.. 20 cod. cons.) sembrerebbe potersi qualificare come clausola generale.

Tale conclusione, seppur possa apparire scontata, non lo sarebbe affatto se, in luogo della buona fede, si fosse mantenuta, anche nell'interpretazione della norma, la centralità del riferimento (che abbiamo visto essere invece solo formale) alla diligenza professionale. E ciò in quanto, come già visto (*supra*, note 201 e 227) la diligenza, visto il suo carattere di parametro o criterio (di unità di misura) dell'adempimento, non sembra potersi ascrivere al genere delle clausole generali. Invero aveva qualificato la diligenza quale clausola generale C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano 1979, 124. Lo stesso Autore, peraltro, sembra aver mutato avviso nella successiva *Prefazione all'edizione Italiana dei Principi di diritto Europeo dei contratti*, Milano 2001, XLII s., ove ha contrapposto alla buona fede, da intendersi quale clausola generale, proprio la diligenza, che della clausola generale sembrerebbe viceversa non presentare i connotati. A cavaliere delle due categorie l'Autore colloca la ragionevolezza che, definita in prima battuta quale clausola generale, sembra perderne le sembianze progressivamente, nell'evolversi del ragionamento, fino a condividere il carattere di criterio proprio della diligenza. Entrambe, infatti, coincidono con la descrizione operatane da L. Mengoni, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, cit., 10, secondo cui le clausole generali sono «norme incomplete,

Tale approdo consente di affermare, ulteriormente, che i suddetti obblighi di condotta danno forma a una "relazione cornice" che nasce direttamente dalla legge a dare rilevanza giuridica alla relazione di fatto corrente tra professionista e consumatore. Tale relazione, che l'evocata categoria dell'obbligazione senza prestazione è stata in grado di mettere in evidenza, «costituisce la vera essenza dell'obbligazione la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro».[290]

3.2. – L'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

Non può però ritenersi ancora concluso l'esame della fattispecie generale di pratica commerciale scorretta. E ciò in quanto non qualunque violazione della buona fede (o degli obblighi *ex lege de quibus*) può considerarsi comportamento vietato dalla normativa di cui agli artt. 18 e ss. cod. cons., la quale, ulteriormente, delimita il proprio ambito di applicazione a violazioni qualificate dall'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. La regola di buona fede, dunque, non si impone in ogni sua possibile concretizzazione ma opera limitatamente ad una cerchia più ristretta di ipotesi, che starà al giudice selezionare valutando altresì l'incidenza che la pratica abbia avuto sull'autodeterminazione commerciale del consumatore mediamente avveduto.

È bene ricordare, infatti, che, ai sensi dell'art. 20 cod. cons., una pratica commerciale è scorretta non solo se è "contraria alla diligenza professionale" ma anche

---

frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni».

La buona fede, in particolare, proprio in quanto dotata del carattere della clausola generale, è sempre servita da strumento per la tutela delle ragioni dell'individuo, altrimenti costretto a soccombere di fronte a quelle di soggetti economicamente più forti. Sul punto cfr. A. di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. priv 1984, 551-552, il quale considera (con specifico riferimento al diritto tedesco, utilizzato quale specola privilegiata per l'analisi delle clausole generali negli ordinamenti continentali a esso, in certa misura, affini, tra cui, per certi versi, anche quello italiano), come il diritto delle obbligazioni, in quanto tradizionalmente insensibile ai valori sostanziali, si è esposto a critiche di insufficienza e di indifferenza tali da determinare la sua rivisitazione «alla luce di una clausola generale, come quella racchiusa nel principio di buona fede». È dunque evidente che anche in un contesto quale quello in esame, improntato all'equilibrato svolgersi delle relazioni contrattuali anche come tramite per il buon funzionamento del mercato, si giustifica appieno l'intervento della suddetta clausola, in funzione integrativa, limitativa e correttiva del contenuto normativo dell'obbligazione del professionista.

[290] Così C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa dir. priv. 2011, 66.

se si rivela "falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge, o al quale è diretta, o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Volendo indagare il significato della "idoneità [della condotta professionale] a falsare il comportamento economico del consumatore medio", riferisce lo stesso art. 18 lett. e) che essa significa «l'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». E per decisione di natura commerciale, la normativa intende, all'art. 18 lett. k), «una 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».

Da tale lettura emerge che specifico oggetto di tutela da parte del legislatore attraverso la normativa in esame è la "scelta"[291] del consumatore sotto il duplice profilo della libertà e della capacità: la scelta, cioè, non dev'essere condizionata da condotte ingannevoli, né conculcata attraverso condotte aggressive, ma, al contrario, deve

[291] Per chi tra i commentatori propende per una lettura più concorrenziale che consumeristica della normativa in esame, l'essere incentrata la tutela, da essa predisposta, sulla "scelta" del consumatore è una conferma della correttezza della chiave di lettura prescelta. A tale proposito osserva A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, cit., 300, che «si è imposto da ultimo … un diverso paradigma economico, più articolato, che ascrive ai divieti *antitrust* il compito di tutelare sufficienti possibilità di scelta del consumatore … La ricostruzione dell'interesse del consumatore protetto dai divieti *antitrust* come interesse a potere scegliere fra una gamma sufficientemente ampia di offerte, ovvero come interesse a scegliere liberamente e consapevolmente al fine di massimizzare il proprio benessere economico … sembra utile alla comprensione della materia e a un miglior uso degli strumenti concettuali del diritto *antitrust*»; avendo chiarito quale sia il *focus* del diritto antitrust, all'Autrice sembra allora del tutto scontato concludere che «l'interesse protetto dai divieti di pratiche commerciali scorrette, identificato nell'interesse a porre in essere scelte non falsate da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive … è dunque complementare all'interesse protetto dai divieti *antitrust* come sopra definito».

La libertà di scelta tra beni e servizi offerti nel mercato a condizioni differenti costituisce per F. Ferro-Luzzi, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, Concorrenza e mercato le tutele civili delle imprese e dei consumatori, a cura di G. Vettori, Padova 2005, 551 «l'elemento che distingue il mercato concorrenziale tanto da quello capitalista, quanto da quello socialista», nei quali si assiste a una «naturale deriva del sistema verso il monopolio» (*ibidem*).

manifestarsi quale espressione incondizionata di autodeterminazione[292] del consumatore nel mercato.[293]

La tutela così apprestata potrebbe evocare, di primo acchito, quella tradizionale dell'autonomia contrattuale, realizzata dalla copiosa normativa europea che, per un verso, ha introdotto obblighi d'informazione precontrattuale a carico del professionista a tutela della *libertà* di scelta del consumatore nell'ambito della singola relazione contrattuale;[294] per altro verso ha imposto la salvaguardia dello *jus poenitendi* del consumatore, che le stesse discipline consumeristiche sembrano aver posto a presidio della sua *capacità* di scelta.[295] E tuttavia - come già accennato nel primo capitolo -, rispetto a tali previsioni vi è qualcosa di radicalmente diverso in quella in esame, che ha indotto a ravvisarne punti in comune con il diritto della concorrenza.

La differenza è data essenzialmente dal livello astratto sul quale la direttiva 29/2005/CE pone la tutela del consumatore, il quale non è più protetto nella sua quotidianità (fatta di concrete operazioni commerciali finalizzate a soddisfare i bisogni personali che egli avverte in qualità di individuo che contratta per scopi estranei alla sua attività professionale) ma rappresenta, al contrario, un modello evanescente, posto al di fuori e al di sopra della singola vicenda contrattuale. Il consumatore, in altre parole, non entra nel *focus* della direttiva come contraente debole, al quale il legislatore guarda con occhio paternalistico: al contrario esso viene in considerazione come "agente di razionalità", protetto anche per finalità inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo.[296]

---

[292] Questo il termine non presente nella direttiva e tuttavia invalso presso il TAR Lazio e il Consiglio di Stato che hanno deciso i numerosi ricorsi presentati avverso sanzioni per pratiche commerciali scorrette.

[293] Proprio con riferimento alla libertà di scelta del consumatore si è osservato che essa costituisce l'elemento di comunicazione tra tutela del consumatore e la tutela della concorrenza: per un verso, infatti, la protezione del consumatore si realizza anche attraverso la creazione di un mercato concorrenziale, per altro verso però, il funzionamento efficace del mercato si realizza solo consentendo al consumatore di compiere scelte consapevoli. Sul punto cfr. L. Rossi Carleo, sub *art. 18 co. 1 lett. d)*, in Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, p. 63.

[294] Sul punto cfr. R. Alessi, *I doveri di informazione*, in Manuale di diritto privato europeo, cit., 391 e ss.

[295] Sul diritto di recesso quale strumento idoneo alla tutela del consumatore nella sua veste di contraente debole e tuttavia non estensibile per analogia alla disciplina dei contratti in generale cfr. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e Acquis comunitario*, cit., 285-286.

[296] Si tratta dell'articolata concezione del consumatore elaborata da S. Mazzamuto, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, in Europa dir. priv., e ripresa da G. Vettori, *Oltre il consumatore*, Persona e mercato 2011, 319, il quale, ultimo, tuttavia vi contrappone un'idea di consumatore diversa, ritenendo «utile riproporre un metodo diverso che non privilegia una qualità del contraente … o la prospettiva

Alla luce di ciò si spiega la già commentata[297] individuazione del *consumatore medio*[298] quale parametro su cui tutta la disciplina in esame deve essere misurata:[299]

---

rimediale … ma assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi». Tali considerazioni appartengono a una riflessione più ampia sulla figura del consumatore, a prescindere dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: esse tuttavia ben si adattano a tale normativa, poiché essa fa riferimento al consumatore quale soggetto astratto.

[297] Cfr. cap. I, § 4.2.

[298] Sulla figura del consumatore medio cfr. in particolare il *considerando* n. 18 della direttiva 2005/29/CE secondo cui «è opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia».

Per un'analisi approfondita delle caratteristiche del consumatore nella legislazione europea e delle sue peculiarità nella materia delle pratiche commerciali scorrette cfr. C. E. Mayr, *Il parametro del consumatore*, AIDA 2008, 274 ss.. La riflessione condotta dall'Autore evidenzia la duplice *ratio* protettiva del consumatore che si è delineata anche nel primo capitolo del presente scritto: da un lato il consumatore *uti singulus*, come parte di singoli rapporti contrattuali; dall'altra il consumatore quale «appartenente ad un gruppo di soggetti accomunati dal medesimo interesse economico». E tuttavia «la nozione di consumatore testé delineata, che potremmo individuare come quella propria del diritto della concorrenza, convive senza particolari problemi con quella specificamente dettata nel diritto delle obbligazioni. L'esistenza di due diverse e ben distinte accezioni di consumatore all'interno dell'ordinamento comunitario trovano riprova all'interno dello stesso Trattato di Roma, ove all'art. 81.3 vi è quella relativa agli aspetti di mercato, mentre all'art. 155 troviamo quella attinente alla tutela del consumatore in quanto soggetto bisognoso di tutela e di un riequilibrio nei rapporti contrattuali» (*op. cit.*, 285). Ciò chiarito, con specifico riferimento alla direttiva 2005/29/CE, l'Autore parla di una «rilevante svolta nella dicotomia della nozione di consumatore dettata dall'ordinamento comunitario» poiché la disciplina in esame, per un verso «definisce il consumatore come persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» limitando a questa figura l'applicazione delle disposizioni; per altro verso osserva come la tutela si arresti a una fase precedente alla stipulazione del contratto: «la direttiva regola così in sostanza i comportamenti delle imprese sul mercato e sembra così dover essere fatta rientrare tra le disposizioni di diritto comunitario … volte a regolare la concorrenza» (*op. ci.*, 291 – 292). Conclude constatando come sia «del tutto nuovo … che le disposizioni che regolano una simile materia prevedano la definizione di consumatore dai contorni assolutamente limitati fatta sinora propria dalle norme che disciplinano i rapporti contrattuali tra questo e un'impresa». Lo stupore avvertito dall'Autore per l'inedito connubio è giustificato dall'assoluta novità della prospettiva introdotta dalla direttiva 2005/29/CE che, già nel primo capitolo, si è detta porsi a mezza via tra il diritto della concorrenza e quello dei consumatori. Tale posizione di medietà e di collegamento si riflette evidentemente anche sulla nozione di consumatore, secondo l'analisi di cui si è dato conto.

Sul punto cfr. altresì A. Saccomani, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, cit. 141 ss.

[299] Sulla figura del consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE cfr. altresì V. Mak, *Standard of Protection: in Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, Eur. Rev. Pr. L., 2011, 25 ss.. L'Autrice, che si propone l'intento di individuare una nozione unitaria di "consumatore medio" in vista dell'elaborazione di una direttiva europea sui diritti dei consumatori, riscontra l'idoneità allo scopo della definizione offerta dalla direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, in quanto essa, meglio di altre, risponde all'«EU's maxim 'unity in diversity'» E ciò in quanto, «the idea is to have an anchor point for the average consumer, with the possibility for divergence in cases where a higher level of consumer protection can be justified» (*op. cit.*, 42). Il riferimento è alle previsioni di cui all'art. 5(3) della direttiva secondo cui «le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente

figura della quale si è detto che non tanto dev'essere protetta, quanto piuttosto rispettata, quale parte di un mercato regolamentato nel quale deve potere agire liberamente come «*civis*» o, meglio, come «persona» divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda.[300]

Di talché anche là dove sia accertato che il professionista abbia violato gli obblighi impostigli dalla buona fede (art. 20 cod. cons.) nei confronti del consumatore, tale violazione si rivela di per sé insufficiente a sanzionarlo per pratiche commerciali scorrette: si rende infatti necessaria l'ulteriore verifica se il suo comportamento sia stato in grado di alterare l'autodeterminazione del consumatore in relazione al prodotto.

Si tratta, pertanto, di un giudizio progressivo che, partendo dall'accertamento circa la violazione di obblighi ("funzionali" o senza prestazione) deve poi verificare se (e in che misura) [301] tale violazione abbia influenzato il comportamento del consumatore. Le norme di dettaglio, che si sono dette esemplificative (e che tratteggiano le due *species* delle pratiche ingannevoli e di quelle aggressive), agevolano questo compito perché stigmatizzano comportamenti che, presumibilmente, hanno in sé entrambi gli elementi costitutivi di cui all'art. 20. Si tratta però di presunzioni semplici, poiché (salvo che si tratti di condotta rientrante nelle liste nere) è sempre possibile per il professionista provare che il suo comportamento, pur corrispondendo astrattamente a una delle fattispecie esemplificative di cui al codice del consumo, è però privo dei connotati essenziali di cui all'art. 20 necessari a dar luogo a una pratica commerciale scorretta.

Da quanto chiarito emerge che soprattutto il secondo requisito di cui all'art. 20 cod. cons. esprime la specificità di questa disciplina.[302] Se ci si limitasse alla "contrarietà alla diligenza professionale" (pur reinterpretata alla luce della buona fede), la normativa *de qua* non sarebbe, infatti, molto diversa dalle regole che presiedono i rapporti obbligatori. Ma è evidente che la violazione di tali regole non può bastare a

---

vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo».

[300] L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 702.

[301] L'art. 20 del cod. cons. parla infatti di «misura apprezzabile».

[302] In tal senso cfr. F. Lucchesi, *Art. 18*, in Codice del Consumo, cit., 15, che osserva come «L'idoneità della condotta del professionista a falsare il comportamento economico del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, costituisce l'elemento più caratterizzante delle pratiche scorrette, nel senso che ricorre in ciascuna fattispecie di pratiche commerciali».

rendere pratica commerciale scorretta alcuna condotta professionale, pur se contraria a buona fede.[303]

È così emersa anche la "dimensione pubblicistica" della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, che fa eco alla "dimensione privatistica" di cui si è già ampiamente riferito. Le due prospettive confermano allora l'ipotesi, formulata già nel primo capitolo, circa la natura bifronte della materia *de qua* che, grazie alla compresenza di elementi prossimi al contratto (come rapporto) - rappresentati dal primo requisito di cui all'art. 20 cod. cons. -, e di elementi di apertura verso il mercato - rappresentati dal secondo requisito di cui all'art. 20 – si pone come inedito momento di comunicazione tra il diritto dei consumatori e il diritto del mercato.[304]

3.2.1. - Il caso dell'omessa o tardiva cancellazione delle ipoteche a garanzia di mutui bancari.

Il significato e il ruolo caratterizzante che si è riconosciuto al secondo requisito di cui all'art. 20 cod. cons., peraltro, non sembra essere stato pienamente compreso dalla nostra giurisprudenza che, presa dal pur nobile intento di tutelare il consumatore,

[303] Si rivela allora approssimativa la riflessione secondo cui «per la prima volta … nel nostro ordinamento, un istituto giuridico consente di sindacare "a tutto tondo" il rapporto tra impresa e consumatore, così superando la parcellizzazione di tutele che non consentiva di cogliere il fenomeno nel suo complesso»: così L. Fiorentino, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 167. Infatti, se per un verso non è contrario alla *ratio* della direttiva il comportamento dell'Autorità che «ha ritenuto che in tutti [i] settori ove il rapporto impresa-cliente è fortemente sbilanciato nei confronti della prima – risulti necessario imporre agli operatori commerciali una sorta di "dovere di protezione" nei confronti del secondo» (*op. cit.*, 168), per altro verso va rammentato che non ogni violazione di tale dovere integra un comportamento scorretto ai sensi della disciplina *de qua*, proprio in ragione della presenza del secondo elemento costitutivo cui è dato risalto nella definizione generale di pratica commerciale scorretta e che ne circoscrive l'ambito di applicazione.

[304] In tal senso può condividersi solo in parte l'affermazione di A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti* antitrust, cit*.,* 302, per cui «la finalità della direttiva non è … la tutela microeconomica del consumatore, come contraente … o come portatore di interessi patrimoniali individuali, che trovano soddisfazione come scelte positive o negative di consumo»: tale affermazione può correggersi evidenziando come oggetto di tutela da parte della disciplina *de qua* non sia *principalmente* la dimensione microeconomica del consumatore quale contraente. Ma non sembra potersi negare che la disciplina offra anche tale tipo di protezione nel momento in cui fa della buona fede uno dei suoi elementi portanti. Del resto è la stessa Autrice a riconoscere che la natura macroeconomica della disciplina *de qua* «non implica che l'inosservanza dei divieti in esame non possa, secondo i diritti nazionali applicabili, anche avere ripercussioni sulla validità e sull'efficacia di un contratto di consumo o sulla possibilità di un consumatore di chiedere il risarcimento del danno economico ingiustamente subito in conseguenza di una pratica commerciale scorretta». Prescindendo per ora dal discutibile profilo del «danno "ingiustamente" subito dal consumatore» e dalle sue conseguenze sul contratto, ci si limita a osservare che, pur avendo rilevato fin dall'inizio la forte impronta concorrenziale della direttiva, tale impronta non esaurisce il significato delle pratiche commerciali scorrette, le quali si connotano (se si accetti di leggerle altresì come obblighi di comportamento del professionista verso il consumatore) per la loro natura almeno relazionale, se non direttamente riferibile a un rapporto contrattuale.

non si avvede però che non qualunque violazione di un *vinculum iuris* posta in essere dal professionista è in grado di assurgere al rango di pratica commerciale scorretta, essendo indispensabile verificare, a tal fine, anche l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio, secondo il significato che di questo requisito si è poc'anzi illustrato.

Diversamente, del resto, si correrebbe rischio di operare un'indebita sovrapposizione fra le due sfere della reazione privata, propria del debitore insoddisfatto (o deluso) a fronte dell'inadempimento (o della violazione di obblighi funzionali), e della sanzione amministrativa, di competenza dell'autorità pubblica e volta alla tutela d'interessi generali, specificamente individuati dalla legge, e comunque altri rispetto a quello all'adempimento dell'obbligazione.

Incuranti dell'alterità tra questi due piani, hanno realizzato tale indebita sovrapposizione alcuni recenti provvedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M. (confermati da successive pronunce giurisdizionali),[305] in materia di c.d. "cancellazione semplificata delle ipoteche".

La cancellazione semplificata delle ipoteche costituite a garanzia dei mutui bancari è stata introdotta nell'ordinamento dal d. l. 31 gennaio 2007 n. 7, noto come decreto Bersani.[306] Per effetto di tale normativa, l'estinzione dell'obbligazione garantita determina non solo il venir meno dell'ipoteca, ma anche la cessazione degli effetti dell'iscrizione ipotecaria, in deroga al disposto dell'art. 2847 c.c., in forza del quale, viceversa, l'iscrizione non cancellata conserva il suo effetto per vent'anni, indipendentemente dal fatto che l'obbligazione garantita, e con essa l'ipoteca, si sia estinta. Ne deriva che l'estinzione dell'obbligazione, ai sensi della normativa di recente introduzione, opera su due piani: come causa di estinzione del diritto reale di garanzia (e in ciò non vi è nulla di nuovo rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 2878 n. 3 del codice civile) e come automatica causa di estinzione degli effetti dell'iscrizione, senza

[305] Le pronunce sono state rese nei giudizi promossi da alcuni istituti bancari avverso le sanzioni irrogate dall'A.G.C.M. per pratiche commerciali scorrette. Si tratta di: C.d.S. sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368; C.d.S. sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4800; che hanno confermato le decisioni di primo grado TAR Lazio sez. I, 19 maggio 2010, n. 12281 e 12283.

[306] Convertito con la successiva legge 2 aprile 2007, n. 40.

che sia necessaria la relativa cancellazione (in questo consistendo il principale elemento di novità della disciplina che si è delineata).[307]

Le richiamate norme del decreto Bersani (oggi interamente trasfuse nel t.u.b.)[308] hanno posto a carico degli istituti bancari (art. 13 co. 8 *septies*) l'obbligo di rilasciare al cliente «quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e [di] trasmettere al conservatore la relativa comunicazione entro 30 giorni dalla stessa data … senza alcun onere per il debitore»: si tratta di obblighi accessori all'obbligo primario di prestazione del mutuante, aventi la principale funzione di consentire all'*ex* mutuatario di rendere nota ai terzi la libertà da ipoteche degli immobili di sua proprietà, in un termine non superiore a trenta giorni dall'estinzione del mutuo.[309]

Orbene tali obblighi sono stati ripetutamente violati da alcuni istituti bancari, i quali, in numerose occasioni, hanno provveduto con notevoli ritardi (o addirittura non hanno provveduto) all'esecuzione di quanto prescritto dalla legge. Ne è conseguito che gli immobili dei clienti, ormai scioltisi dal mutuo, apparivano però ancora gravati dall'ipoteca, a causa dell'impossibilità di provare l'effetto estintivo, che pure si era già verificato *ex lege*. Il che, con tutta evidenza, può aver costituito fonte di danno per quegli *ex* mutuatari i quali, volendo alienare il proprio bene, non hanno trovato acquirenti disposti ad accettare di acquistare un immobile ove si accorga che esso è (o anche solo risulta) gravato da ipoteca.

A fronte di tali violazioni, anche in considerazione del potenziale danno che i clienti-consumatori avrebbero potuto subire a seguito della difficoltà di vendita dell'immobile, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sanzionato le banche inadempienti per pratiche commerciali scorrette, e precisamente aggressive. Il comportamento degli istituti di credito, secondo le valutazioni operate dall'A.G.C.M., avrebbe infatti dato luogo a un indebito condizionamento delle scelte economiche dei

---

[307] Sul punto cfr. A. Chianale, *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, (l. 2 aprile 2007, n. 40), in Riv. dir. civ. 2008, 487 ss.; G. Palazzolo, *Cancellazione automatica delle ipoteche a tutela dei consumatori*, Riv. dir. priv. 2011, 349 ss.

[308] E precisamente all'art. 40-*bis* aggiunto al Testo Unico bancario dal comma 1 dell'art. 5 del D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

[309] Tale adempimento, dunque, assume rilevanza fondamentale ai fini della pubblicità nei confronti dei terzi, la quale avviene mediante l'annotazione dell'estinzione ad opera del conservatore, sul presupposto dell'invio della relativa attestazione da parte dell'istituto bancario. Se questo omette l'invio o vi provvede tardivamente, anche la pubblicità dell'avvenuta estinzione dell'ipoteca gravante sull'immobile viene meno o comunque viene posticipata rispetto al momento in cui l'immobile è stato liberato dal peso che lo gravava, con conseguente possibile pregiudizio del proprietario che intenda procedere all'alienazione.

consumatori, ai sensi del combinato disposto degli articoli 20, 24 e 25 lett. d) cod. cons., in quanto suscettibile di ostacolare il libero esercizio di loro diritti contrattuali.[310]

Le decisioni dell'Autorità non paiono però rispettose della *ratio* e, invero, della stessa formulazione della normativa *de qua.*

E infatti, se per un verso, il ritardo degli istituti bancari può considerarsi "contrario alla diligenza professionale" (nel senso già chiarito di violazione della buona fede, realizzatasi in questo caso mediante la violazione di un obbligo accessorio *ex lege*) e idoneo a determinare la potenziale frustrazione dell'interesse del creditore a dimostrare ai terzi la libertà dell'immobile dall'ipoteca, per altro verso questo non può ritenersi sufficiente a dare vita a una pratica commerciale scorretta. Quello che manca, nel caso di specie, è infatti il secondo (imprescindibile) requisito di cui all'art. 20 cod. cons., ossia l'alterazione della scelta commerciale del consumatore, nei limitati termini

[310] In uno dei provvedimenti adottati dall'A.G.C.M. in questo specifico ambito (cfr. n. 20232 del 26 agosto 2009, reperibile sul sito *www.agcm.it*) si legge infatti che «appare censurabile la condotta tenuta dal professionista che ha comportato una notevole dilatazione dei tempi per il rilascio della quietanza al debitore e per la trasmissione al conservatore della relativa comunicazione, tanto da costituire un ostacolo non contrattuale imposto al consumatore in relazione all'esercizio di un diritto. Infatti, la puntuale applicazione della procedura semplificata di cancellazione dell'ipoteca consente al consumatore di entrare in possesso della lettera di quietanza in tempi brevi, così da poterla utilizzare o presentare per tutte le necessità connesse al suo interesse a vedere riconosciuta l'estinzione dell'obbligazione, e abilita il conservatore a procedere alla cancellazione dell'ipoteca restituendo al mutuatario la disponibilità dell'immobile ormai libero da gravame. Peraltro, con riferimento alla [affermata] assenza di danno per i consumatori in ragione del fatto che gli adempimenti formali previsti dalla procedura semplificata di cancellazione dell'ipoteca verrebbero eseguiti dalla banca in ottemperanza di un obbligo di legge volto esclusivamente a dare semplice veste formale ad un fatto sostanziale già verificatosi autonomamente, si rileva come l'espletamento dei predetti "adempimenti formali" attraverso i quali viene resa conoscibile ai terzi l'avvenuta perenzione speciale, consente proprio di evitare che il permanere dell'ipoteca - sebbene non più afflittiva - rappresenti comunque un elemento di disturbo per la corretta circolazione dei beni immobili».

In senso analogo il precedente provvedimento sanzionatorio n. 20186 del 6 agosto 2009 (anch'esso reperibile sul sito *www.agcm.it*, nella sezione "delibere") statuiva che «appare censurabile la condotta tenuta dal professionista che ha comportato una dilatazione dei tempi per il rilascio della quietanza al debitore e per la trasmissione al conservatore della relativa comunicazione …. Le risultanze istruttorie hanno evidenziato che le anomalie emerse con riferimento all'iter di lavorazione delle pratiche in questione costituiscono effetto dell'organizzazione della banca e rientrano, dunque, in un ambito sottoposto alla sfera di controllo del professionista. Il comportamento tenuto da […], pertanto, si pone in contrasto con "il normale grado di specifica competenza ed attenzione" che è tenuto ad osservare un operatore dello specifico settore di attività in quanto il professionista non si è dotato di un sistema in grado di monitorare l'attività oggetto del procedimento, con la conseguente capillare violazione della procedura prevista dalla legge per l'espletamento della pratica. … Alla luce delle suindicate considerazioni, pertanto, anche sotto questo profilo, la pratica adottata da […] deve ritenersi scorretta in quanto la banca ha falsato in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto (articolo 20, comma 2, Codice del Consumo) anche con riferimento agli specifici divieti di frapporre ostacoli non contrattuali al consumatore che intenda esercitare il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista (articolo 25, comma 1, lettera *d*), Codice del Consumo) o di omettere sistematicamente di rispondere alla corrispondenza del consumatore al fine di dissuaderlo dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali (articolo 26, comma 1, lettera *d*), dello stesso Codice del Consumo)».

in cui questa è intesa dalla disciplina *de qua* che, vale la pena ricordarlo, tutela il consumatore solo quale ingranaggio della più ampia dinamica concorrenziale, proponendosi l'ulteriore obiettivo di proteggere, seppur indirettamente, anche i concorrenti da quei professionisti che, deviando le scelte dei consumatori mediante condotte distorsive, li inducono a preferire i loro prodotti a discapito degli altri operatori professionali del mercato.

L'aver ricostruito il contesto e riconosciuto i limiti entro i quali la tutela del consumatore è venuta configurandosi nella direttiva 2005/29/CE, [311] non scevra di connotati concorrenziali, ha consentito di mettere in luce che esso è protetto non solo per la sua fisiologica debolezza rispetto all'imprenditore (professionista), ma anche per la sua qualità di "operatore razionale del mercato". E infatti, poiché le scelte del consumatore sono in grado di orientare anche i rapporti tra imprese concorrenti, quanto più queste sono libere e consapevoli tanto più quelli si svolgono nel segno della lealtà e della correttezza. E viceversa.

Alla luce di ciò è agevole constatare come la descritta condotta delle banche sanzionata dall'A.G.C.M. sia estranea al panorama delle pratiche commerciali scorrette: essa, infatti, in alcun modo è in grado di alterare la capacità e la libertà di scelta del consumatore in termini che potrebbero riflettersi negativamente anche sui rapporti concorrenziali tra le imprese. Ciò accadrebbe se il ritardo nella cancellazione comportasse un qualche vincolo per il consumatore nei confronti dello stesso professionista inadempiente, in grado di favorire quest'ultimo rispetto ad altri suoi *competitors*.[312] Il che però non accade nel caso di specie, dove semmai, e in perfetta

[311] Mi riferisco alla ricostruzione operata nel primo capitolo, ove si è tentato di capire e far comprendere il significato di questa normativa, alla luce della sua struttura, della sua formulazione e della sua *ratio*.

[312] Si pensi ad esempio al caso *Energas*, Tar Lazio Sez. Prima - Sent. 11-6-2009, n. 5570 nel quale la condotta aggressiva del professionista consiste nell'ostacolare il recesso, non restituendo la cauzione versata dal consumatore, pur a fronte della riconsegna, da parte di questo, del serbatoio in dotazione. Con tale comportamento, il professionista potrebbe indurre il consumatore a non recedere dal contratto, precludendogli altresì di rivolgersi ad altro professionista. Statuisce infatti il Tar che «l'aggressività della condotta, alla stregua dei riportati referenti normativi, rileva in ragione dell'arrecato pregiudizio alla libertà economica del consumatore, il cui interesse alla interruzione del rapporto contrattuale di fornitura di gas verrebbe a trovarsi praticamente vanificato ove alla manifestazione di tale intendimento non potesse accedere - sinallagmaticamente rispetto alla restituzione del serbatoio - il recupero della cauzione versata per il comodato di quest'ultimo. Né, sotto altro profilo, la condotta nella fattispecie osservata da Energas è priva di mende per quanto concerne l'osservanza dell'obbligo di diligenza professionale, di cui all'art. 20, comma 2, del medesimo Codice (alla stregua del quale "una pratica commerciale e' scorretta se e' contraria alla diligenza professionale, ed e' falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che

coerenza con le logiche del mercato concorrenziale, il consumatore sarà indotto, qualora intenda stipulare un nuovo contratto di mutuo, a preferire una banca diversa, più puntuale e affidabile.

In tal senso deve rilevarsi, su un piano più generale, che non ogni ostacolo all'esercizio di diritti del consumatore comporta una distorsione delle sue scelte commerciali, rilevanti per la disciplina *de qua*. Ci sono, al contrario, diritti del consumatore che si collocano fuori dal circolo virtuoso che la normativa in esame vorrebbe contribuire a creare e mantenere, e che, se vi dovessero essere attratti, trasformerebbero quello stesso circolo da virtuoso in vizioso, poiché contaminato da elementi esterni e inconferenti rispetto a esso. Ciò induce ad affermare, ulteriormente, che non qualsiasi inadempimento (o violazione di obbligo) da parte del professionista nei confronti del consumatore possa dirsi riconducibile al *genus* della pratica commerciale scorretta. Lo sono, infatti, soltanto quelle condotte in grado di incidere sulle scelte commerciali espressive della natura macroeconomica del consumatore-sovrano nel mercato: mezzo (e non solo fine) per garantire una sana competizione tra le imprese.

La ritardata cancellazione delle ipoteche, per quanto sin qui chiarito, sebbene possa configurarsi quale inadempimento di un obbligo imposto dalla legge, e come tale possa giustificare la decisione del consumatore di chiedere il risarcimento del danno eventualmente subito, è però del tutto irrilevante nell'ambito di quel circolo virtuoso che la disciplina *de qua* si è proposta di favorire tra consumatori, concorrenti e mercato: già messo in luce mediante la felice espressione secondo cui si tratterebbe di normativa con carattere tridimensionale.[313]

La giurisprudenza, che chiamata a risolvere il caso si è detta d'accordo con le conclusioni dell'A.G.C.M., ha ritenuto in particolare di ravvisare l'indebito condizionamento di cui agli artt. 20, 24 e 25 cod. cons., nella paralisi delle possibilità del consumatore di rivendere l'immobile, con conseguente rallentamento degli scambi

---

essa raggiunge o al quale e' diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori"), in quanto il rifiuto di restituzione della cauzione da parte dell'operatore economico … si pone effettivamente in violazione di quel grado di diligenza ed avvedutezza che l'ordinamento ha, a mezzo della riportata disposizione, inteso pretendere laddove venga posto in essere un comportamento idoneo a pregiudicare una scelta economica del consumatore.»

[313] Sul punto cfr. F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., 453.

nel mercato immobiliare. Ma tale conclusione non fa che confermare la distanza del caso dalla materia di cui si sta discorrendo.

Evidentemente, l'accoglimento della disciplina come sede della massima tutela nei confronti del consumatore, e la valorizzazione della buona fede come momento di legittimazione della sua protezione, su vasta scala, in tutti i rapporti con i professionisti nel terreno ostile del mercato, ha condizionato la giurisprudenza – e prima di essa l'amministrazione –, così deviandola verso quello che potrebbe dirsi un eccesso di consumerismo.

3.2.2. - (*segue*) Il presupposto dell'errore applicativo: l'errore interpretativo.

Ma l'errore applicativo che si è messo in evidenza sembra nascondere altresì un errore interpretativo, il quale deve aver costituito il presupposto fuorviante da cui sia l'A.G.C.M. sia la giurisprudenza hanno preso le mosse. Dalla lettura degli argomenti addotti dall'Autorità a sostegno dell'irrogazione della sanzione, emerge infatti che l'elemento fondante il giudizio di scorrettezza è stato rintracciato nell' "ostacolo" che la condotta delle banche avrebbe rappresentato per l'esercizio di diritti contrattuali del consumatore medio. Per effetto della ritardata emissione della quietanza di avvenuta estinzione, il consumatore si sarebbe trovato, infatti, nell'impossibilità (o comunque nella difficoltà) di alienare l'immobile di sua proprietà, il che avrebbe giustificato la qualifica della condotta del professionista quale pratica commerciale aggressiva ai sensi, in particolare, dell'art. 25 co. 1 lett. d) cod. cons. secondo cui «nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: … d) 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».

Orbene, presa per quello che letteralmente significa, questa previsione sembra in effetti ben adattarsi ai fatti di cui si è discusso, poiché è senz'altro vero che il tardivo invio (o l'omissione dell'invio) della quietanza attestante l'avvenuta estinzione, può avere dato luogo a un rallentamento nell'esercizio di diritti contrattuali dei clienti-consumatori, i quali non hanno potuto disporre del bene di loro proprietà. E tuttavia,

come noto, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».[314] Di talché anche nel caso di cui si sta riferendo, sarebbe stata necessaria un'interpretazione teleologica della norma di cui all'art. 25 lett. d) cit., alla luce della *ratio* dell'intera normativa (come risultante, innanzitutto, dall'ampiamente commentato art. 20 cod. cons.).

Leggendo l'art. 25 lett. d) alla luce dell'art. 20 cod. cons., infatti, si scopre che non qualunque ostacolo all'esercizio di diritti contrattuali del consumatore assurge al rango di pratica commerciale scorretta, essendo necessario, affinché si possa pervenire a tale esito, che vi sia stata un'incidenza della condotta del professionista sulla capacità di scelta del consumatore nel senso in cui essa è intesa dalla direttiva, ossia come momento essenziale della dinamica concorrenziale. Il che, nel caso della cancellazione delle ipoteche non è avvenuto, giacché, come riconosciuto sia dall'Autorità amministrativa sia da quella giurisdizionale, l'unico riflesso "di sistema" che può esservi stato, riguarda il mercato immobiliare.

L'errore interpretativo che si è messo in evidenza, conferma che le norme che si sono chiamate "di dettaglio" (tra cui l'art. 25 cit.) devono essere lette necessariamente alla luce della *ratio* sottesa all'intera disciplina, resa palese innanzitutto dall'art. 20 cod. cons.. Discostandosi da tale corretto *modus procedendi* l'A.G.C.M. si è invece limitata a verificare la sussumibilità del caso sotto l'art. 25 cod. cons., dedicando alla clausola generale un richiamo meramente formale.

Quanto evidenziato, se da un lato appalesa la centralità dell'"idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio", con ciò confermando i più volte ipotizzati interessi concorrenziali della normativa *de qua*, d'altro lato si rivela una conferma della correttezza dell'interpretazione che si è ritenuto di adottare, in apertura di questo capitolo, in merito ai rapporti tra norma generale di cui all'art. 20 cod. cons., e norme di dettaglio di cui agli artt. 21 e ss. cod. cons.: nel senso che le seconde non possono essere lette se non attraverso il filtro della prima.

[314] Cfr. art. 12 co. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale.

CAPITOLO III

La dimensione privatistica delle pratiche commerciali scorrette: i rimedi individuali e l'armonizzazione incompleta

SOMMARIO: 1. Introduzione: nel silenzio della direttiva, quali rimedi per il consumatore? – 2. Responsabilità contrattuale. – 3. Responsabilità aquiliana. – 4. Invalidità. – 4.1. Nullità. – 4.1.1. (*segue*) Nullità di protezione. – 4.2. Annullabilità. – 4.2.1. Pratiche commerciali ingannevoli: superamento del dolo in senso tradizionale? – 4.2.1.1. Dolo e inganno colposo. - 4.2.1.2. *Dolus bonus*, dolo omissivo e dolo incidente. - 4.2.2. Pratiche commerciali aggressive e violenza. – 4.3. Conclusioni: invalidità e responsabilità. - 5. Le analoghe difficoltà e le soluzioni proposte dal diritto inglese. – 5.1. Verso la revisione del diritto privato: un nuovo *right of redress* per il consumatore. – 5.1.1. Pratiche commerciali ingannevoli: inadeguatezza della *misrepresentation.* – 5.1.2. Pratiche commerciali aggressive: inadeguatezza di *duress* e *undue influence*. – 6. *Right to unwind the contract*, *right to a discount on the price, liability.* - 7. Un nuovo diritto di recesso per il consumatore. - 8. Diversità dei rimedi e armonizzazione incompleta.

1. - Introduzione: nel silenzio della direttiva, quali rimedi per il consumatore?

L'analisi che si è svolta nel precedente capitolo in merito al significato dell'art. 20 cod. cons., ha consentito di mettere in luce la consistenza di quella che si è detta "dimensione privatistica" della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Sin dal primo capitolo si è, invero, osservato che la direttiva 2005/29/CE assume una posizione mediana tra diritto della concorrenza e diritto dei consumatori: ma solo l'esame ravvicinato delle norme trasfuse nel codice del consumo ha consentito di comprendere che la protezione del consumatore è realizzata per il tramite della buona fede, da più voci qualificata come principio trainante *in subjecta* materia.

E allora, se ispirata dalla buona fede la normativa in esame si colloca a cavaliere tra la concorrenza e il consumatore, essendo rivolta, oltre che all'efficienza del mercato, anche alla protezione del contraente debole nei rapporti intercorrenti con il professionista, ciò rende necessaria la valutazione dei rimedi di cui esso possa avvalersi ove abbia subito dei danni in conseguenza di una condotta vietata.

A tale proposito, chiunque sia interessato ai riflessi di diritto privato della normativa *de qua*,[315] ha constatato con stupore[316] una certa noncuranza da parte del legislatore comunitario,[317] messa in particolare risalto dal *considerando* n. 9 della direttiva 2005/29/CE, secondo cui essa «non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale», e altresì dall'art. 2 co. 2 (ora 19 co. 2 cod. cons.), secondo cui la direttiva «non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto».[318]

[315] Cfr. R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, Contratto e impresa. Europa 2007, 63 ss.; C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, Obbligazioni e contratti 2007, 776 ss.; L. Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, Contratto e impresa. Europa, 2007, 39 ss.; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità,* Obbligazioni e contratti 2010, 412; A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, Rivista di diritto privato 2010, 37.

[316] Lo stupore è dovuto sia alla difficoltà di spiegare siffatta lacuna nell'ambito di una normativa volta alla tutela del consumatore, sia al suo porsi in controtendenza rispetto a un diritto europeo che, come già si è messo in luce nel primo capitolo, è incentrato più sul rimedio che sulla fattispecie.

[317] Sul punto cfr. C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti 2010, 775, che dà conto di come «il legislatore comunitario, fissando nelle definizioni le pratiche da vietare, ha peraltro lasciato agli Stati membri sia la scelta dell'organo competente ad accertare, vietare e sanzionare le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, sia la scelta delle sanzioni da irrogare, le quali comunque devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive». Ciò ha subito sollevato non poche critiche da parte degli interpreti i quali hanno posto in evidenza … come, in tal modo, non solo non si raggiunga l'armonizzazione piena della materia che è l'obiettivo della direttiva, ma si favorisca una sorta di *penalties shopping* consentendo agli operatori commerciali di scegliere le nazioni dove tenere comportamenti scorretti in quanto meno sanzionati e quelle più severe in cui mantenere atteggiamenti conformi alla legge».

Sul punto L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, Manuale di diritto privato europeo cit., 454, osserva che «malgrado i cambiamenti di prospettiva che [la direttiva] impone, difficilmente potrà determinare quella «uniformità» che si vuole caratterizzi almeno il mercato finale: ciò non solo per le perplessità già espresse, ma anche in ragione del fatto che è lasciata ai singoli Stati nazionali un'ampia discrezionalità nello stabilire le modalità, gli strumenti e i procedimenti con cui pervenire e reprimere le pratiche commerciali sleali».

A riprova di ciò si esamineranno i rimedi più plausibili nel diritto italiano e altresì la normativa in corso di elaborazione nel diritto inglese, e si constaterà come, in ragione dei diversi ritmi e delle diverse soluzioni offerte, l'obiettivo di piena armonizzazione che il legislatore europeo si è riproposto di raggiungere, non è stato conseguito, confermando altresì che sarebbe necessario un intervento integrativo teso a individuare rimedi *ad hoc* valevoli per tutta l'Europa, ovvero funzionale a dettare regole comuni di diritto privato cui gli ordinamenti nazionali, pur in assenza di rimedi specifici, possano rifarsi per risolvere il problema del vuoto normativo lasciato dalla direttiva 2005/29/CE.

[318] E. Minervini, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 82 parla a tale proposito di "debolezza strutturale" osservando come «l'interprete ha forte la sensazione di essere in presenza di una sorta di *excusatio non petita*. Non è difficile prevedere, infatti, che la direttiva avrà ricadute importanti sul diritto contrattuale italiano, quand'anche in sede di attuazione della stessa non venissero dettate apposite norme che statuissero la nullità (relativa) o l'annullabilità del contratto stipulato per effetto di una pratica commerciale sleale».

Tale assunto consente almeno due riflessioni: innanzitutto conferma che la disciplina in esame non esclude, ma al contrario esige di individuare rimedi a tutela del consumatore, demandandone la definizione al diritto interno di ciascun ordinamento; in secondo luogo impone all'interprete, per l'ipotesi in cui il legislatore nazionale nulla abbia previsto in tal senso, di mettersi alla ricerca di rimedi plausibilmente reperibili nel proprio diritto.Naturalmente quando si tratta di indagare i possibili rimedi esperibili dal consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, è necessario collocarsi nella giusta dimensione, restringendo il *focus* dalla prospettiva più aperta che abbraccia il mercato e il consumatore medio, a quella più circoscritta del singolo rapporto obbligatorio.[319] D'altronde, «il moto perpetuo tra astrazione legata ai rapporti di massa e loro concretazione attraverso singole vicende negoziali pare essere – per così dire – nelle corde dell'impianto normativo»[320] della disciplina in esame, per il che si tratta di adattare l'obiettivo volta per volta, avvicinandolo o allontanandolo dal singolo scambio, a seconda dello specifico aspetto che si intende porre ad oggetto della propria osservazione.

Nel primo capitolo ci si è soffermati sulla proiezione più ampia della normativa *de qua*, in grado di metterne in luce la latitudine concorrenziale, volta ad assicurare il corretto funzionamento del mercato. In questo capitolo, viceversa, ci si rivolge alla dimensione più circoscritta, concernente i riflessi che l'adozione di una pratica commerciale scorretta è in grado di produrre sulla specifica vicenda contrattuale di cui è protagonista il singolo consumatore. Dall'una all'altra dimensione si è potuti trascorrere grazie allo studio più capillare delle norme della direttiva, svolto nel secondo capitolo, che ha consentito di apprezzare il carattere obbligatorio dei divieti che essa impone agli operatori professionali del mercato, reso evidente dalla centralità della buona fede.

Lungo tale linea interpretativa, e in conformità con la lettura che si è ritenuta più plausibile dell'art. 20 cod. cons. e delle successive norme di dettaglio, si è ritenuto di poter qualificare le disposizioni *de quibus* come "cornice di obblighi" posti in capo al professionista nei confronti del consumatore in ogni fase della relazione tra di essi

[319] L'esigenza dei rimedi si avverte infatti per le ipotesi in cui il consumatore abbia concluso un contratto con il professionista a seguito di una pratica commerciale scorretta, o per il caso in cui il professionista abbia condizionato lo svolgimento del rapporto contrattuale, in fase di esecuzione, con una condotta scorretta.

[320] Così R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., 63.

intercorrente, indipendentemente dall'esistenza dell'obbligo di prestazione eventualmente scaturito dalla conclusione del contratto.

2. - Responsabilità contrattuale.

Rispetto a siffatta "cornice di obblighi", il rimedio che innanzitutto sembra potersi riconoscere al consumatore pregiudicato da una pratica commerciale scorretta, è quello del risarcimento del danno, quale effetto della responsabilità scaturente in capo al professionista che abbia violato i vincoli posti a suo carico dalla normativa *de qua*. Nel senso della centralità del rimedio risarcitorio depone anche il co. 2 dell'art. 140 *bis* cod. cons., che alla lettera c) ammette l'esperibilità dell'azione di classe per quei consumatori che siano stati vittime di pratiche commerciali scorrette. Sennonché tale previsione non indica chiaramente di quale specie di responsabilità si tratti, lasciando aperto l'interrogativo circa la sua natura.[321]

Tale responsabilità, come appare facilmente desumibile dalla descrizione che si è data della relazione intercorrente tra professionista e consumatore in termini di rapporto obbligatorio, si ritiene debba collocarsi al di qua del terreno indeterminato su cui regna la responsabilità aquiliana, operante tra soggetti che soltanto s'incontrano in occasione di un danno: essa sembra piuttosto poter essere qualificata, in antitesi con quella, come contrattuale, giacché, come noto, quest'ultima è la naturale conseguenza della violazione di obblighi, siano essi derivati o meno dalla conclusione di un contratto.[322]

Incaricatasi del non agevole compito di qualificare la responsabilità che sorge in capo al professionista che abbia violato i precetti della direttiva, la dottrina si fa portatrice di opinioni divergenti, aventi per lo più in comune il carattere della relatività,

[321] Osserva a tale proposito C. Scognamiglio, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, Resp. civ e prev. 2011, 504 s. (§ 2), che «in realtà, l'area cui ha riguardo il comma 2, lett. *c*), interseca ipotesi di responsabilità contrattuale così come ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Infatti, possono sorgere, in questa prospettiva, diritti individuali omogenei di tipo risarcitorio (per responsabilità contrattuale o extracontrattuale), restitutorio, sotto il profilo della ripetizione dell'indebito (ad esempio restituzione di somme corrisposte in esecuzione di un contratto dichiarato totalmente o parzialmente invalido), ovvero sotto quello dell'arricchimento senza giusta causa e possono consistere anche in pretese sostanziali, al cui adempimento il professionista è tenuto per contratto».

[322] Cfr. sul punto, C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 55, che, pur non trattando del tema delle pratiche commerciali scorrette offre utili spunti in questo frangente. Di diverso avviso, con esplicito riferimento alla disciplina di cui alla direttiva 2005/29/CE, N. Jansen e R. Zimmermann, *Restating the* acquis communautaire? *A critical examination of the 'principles of the existing EC contract law'*, MLR 2008, 525 s.

giacché affermano che, in questa materia, la responsabilità dovrebbe essere declinata in tutte le diverse specie in cui essa è in grado di articolarsi, a seconda del momento in cui la condotta del professionista interviene ad alterare il corretto svolgersi del rapporto con il consumatore.[323]

Prendendo avvio dal disposto del più volte citato art. 19 cod. cons., si è in particolare ritenuto che «la natura della responsabilità e, con essa, i caratteri del rimedio risarcitorio (responsabilità precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale) dipenderanno certamente dalle concrete circostanze del rapporto individuale considerato (per quanto riguarda il consumatore sarà rilevante stabilire se la pratica … sia stata posta in essere prima o dopo la conclusione di un contratto … o anche in assenza di trattative e di un contratto)».[324]

L'affermazione risente della tradizionale concezione del rapporto obbligatorio come coincidente con l'obbligo primario di prestazione, il quale fungerebbe da

[323] Complice di tale diffuso orientamento è altresì il considerando n. 13 della direttiva che chiarisce come «per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione».

[324] Così S. Orlando*, Artt. 24-26*, Codice del Consumo. Aggiornamento a cura di G. Vettori, Padova 2009, 106. L'Autore approfondisce nel prosieguo il senso della sua affermazione, con cui ha inquadrato la reazione del consumatore a fronte delle diverse pratiche *sub specie* di responsabilità precontrattuale, contrattuale o aquiliana. Quanto alla prima chiarisce che «sembra … corretto indicare che, nel caso in cui le p.c. siano poste in essere nel corso di trattative o durante la fase esecutiva di un contratto tra il professionista e il consumatore, il diritto del consumatore al risarcimento del danno andrà accertato seguendo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della responsabilità per violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede ai sensi degli articoli 1337 e 1375 c.c.»; quanto all'ipotesi di responsabilità contrattuale ritiene che «se, nella fase di esecuzione del contratto, un difetto di cooperazione del professionista nel ricevimento della prestazione del consumatore si sostanzi di una p.c. aggressiva o altrimenti scorretta, un simile comportamento, (ove comporti un danno) sia fonte di responsabilità contrattuale per il professionista»; quanto infine alla prospettabilità di una responsabilità extracontrattuale si evince dall'argomentare dell'Autore che essa riguarda le pratiche poste in essere in assenza di trattative, rispetto alle quali egli osserva che «se un consumatore, sia pure senza intraprendere trattative con il professionista subisce danni da una p.c. … non si dovrebbe dubitare che il carattere illegittimo del comportamento del professionista sia idoneo a fondare una pretesa risarcitoria».

Sul punto cfr. altresì E. Minervini, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali,* cit., 81 s., il quale, riferendosi invero all'art. 39 cod. cons., ma espressamente estendendo la sua riflessione anche alla materia delle pratiche commerciali scorrette, in virtù della comunione di *ratio*, mette in luce come «tra i primi commentatori, vi è chi ritiene che la violazione della norma possa provocare un vizio genetico del contratto, se incide direttamente sulle regole codicistiche o delle leggi speciali, ovvero il semplice risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c.; chi afferma che la norma assume rilievo nella prospettiva precontrattuale e aquiliana, nonché in termini di disposizione generale idonea ad integrare le particolari discipline dettate dal codice del consumo per le relazioni contrattuali tra professionista e consumatore; e chi parla di una disposizione non precettiva, di un manifesto di principi … In realtà, si potrebbe ipotizzare che alla violazione dei principi di buona fede, correttezza e lealtà faccia seguito, secondo i casi, responsabilità precontrattuale, responsabilità extracontrattuale o addirittura responsabilità contrattuale … , od anche l'annullamento del contratto per vizi della volontà».

parametro per la qualificazione della responsabilità: ove la condotta in questione sia posta in essere prima della conclusione del contratto, essa sarebbe da qualificarsi come precontrattuale; ove si tratti di una condotta posta in essere nel corso dell'esecuzione del contratto, la responsabilità sarebbe contrattuale; ove infine si discorra di una condotta posta in essere prima o indipendentemente da una vera e propria trattativa, ovvero dopo l'esecuzione del contratto, si tratterebbe di una responsabilità extracontrattuale.

Tali conclusioni andrebbero oggi riviste alla luce dei più recenti approdi dottrinali, che hanno evidenziato come la prestazione non è che uno dei possibili obblighi in cui è in grado di articolarsi un più ampio e complesso rapporto obbligatorio, caratterizzato anzitutto dal suo essere relazione giuridicamente rilevante tra due sfere giuridiche legate da reciproci obblighi funzionali, anche se autonomi rispetto al contratto.

Ne consegue, procedendo lungo il sentiero che si è percorso sin qui, la necessità di qualificare la responsabilità scaturente da pratica commerciale scorretta come *responsabilità relazionale*[325] più che contrattuale in senso stretto: essa, infatti, non attiene in nessun caso - nemmeno quando si tratti di condotta posta in essere nel corso dell'esecuzione del contratto - all'inadempimento dell'obbligo primario di prestazione, bensì riguarda - anche nel suddetto caso - le condotte cui il professionista è tenuto *a latere* di esso, volte a tutelare la sfera giuridica del consumatore e in particolare il suo interesse a non vedere diminuito il proprio patrimonio in misura superiore rispetto a quanto non accadrebbe se il rapporto con il professionista si svolgesse correttamente.

Il referente terminologico di nuovo conio, *responsabilità relazionale*, potrebbe rivelarsi utile, inoltre, per chi ancora si trovasse nella difficoltà di uscire dall'anacronistico ancoraggio della "responsabilità contrattuale" al contratto. La qualificazione della responsabilità come *relazionale,* infatti, consentirebbe il superamento dell'equivoco consentendo di rivendicare, anche sotto il profilo non secondario della denominazione, la vera natura della responsabilità che scaturisce dalla violazione di un rapporto obbligatorio.

[325] Così Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 71.

3. - Responsabilità aquiliana.

A una simile conclusione sembra tuttavia opporsi la diversa interpretazione per cui una responsabilità contrattuale non sarebbe ipotizzabile là dove le condotte vietate risultino esterne ed estranee al rapporto contrattuale: più appropriata, in ipotesi di mancanza di contratto, sarebbe infatti la responsabilità aquiliana. Tale opinione, come anticipato, trova un agevole punto d'appoggio nelle previsioni della stessa direttiva la quale estende il proprio ambito di applicazione alle pratiche commerciali poste in essere *prima*, *durante* e *dopo* la conclusione di un contratto.

Da un punto di vista puramente descrittivo, la responsabilità sembrerebbe, in effetti, potersi qualificare diversamente a seconda che essa sorga in un momento anteriore o successivo alla conclusione del contratto. In particolare ove trattasi di condotte precedenti, a maggior ragione se anteriori alle stesse trattative, il primo pensiero corre rapidamente alla responsabilità extracontrattuale.[326] Sennonché la collocazione temporale delle condotte del professionista, che la direttiva intende disciplinare, non fa venir meno il carattere obbligatorio delle imposizioni dalla stessa introdotte, nemmeno quando la condotta preceda la conclusione del contratto o addirittura la stessa trattativa: come già chiarito, infatti, i comportamenti dovuti dal professionista si prestano ad essere qualificabili come *obbligazioni senza prestazione*, con ciò volendo significare che essi sono indipendenti dal contratto come atto, e tuttavia partecipi della natura obbligatoria che la qualificazione contrattuale riferita alla responsabilità significa.

Trascurando di osservare il tema da questo angolo visuale, alcuni autori hanno attribuito al riconoscimento del diritto all'informazione di cui è titolare il consumatore, e più in generale del diritto a non essere fuorviati nell'atto di consumo di riflesso dal divieto di comportamenti scorretti e contrari alla buona fede, la funzione di fare emergere il requisito dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c., che si realizzerebbe con la violazione di esso.

Si è affermato, infatti, in tal senso, che «il singolo consumatore può altresì

[326] Sul punto A. Ciatti, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*,* cit., 424, a dire del quale «non si può dubitare comunque che il comportamento (o l'omissione), tale da costituire una pratica commerciale scorretta, dia luogo ad una responsabilità per fatto illecito, realizzato attraverso l'abusivo sfruttamento delle condizioni globali di maggior favore per il professionista nella conclusione del contratto e tale da pregiudicare l'interesse generale al mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato».

esercitare l'azione risarcitoria *ex* art. 2043 c.c.» e che «quanto all'ingiustizia del danno, l'interesse giuridicamente protetto in capo al consumatore, … che si assume leso dalla pratica sleale, può facilmente ravvisarsi nel diritto ad assumere liberamente una decisione di natura commerciale e, più in generale, nel fondamentale diritto (riconosciuto dall'art. 2, 2° co., c. cons.) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza, lealtà».[327]

Ma l'indubbia importanza che il codice del consumo attribuisce a tali diritti[328] non basta a far ritenere che, ove essi siano stati lesi con conseguenze dannose, sia integrata per ciò solo un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Nel valutare le conseguenze delle pratiche commerciali scorrette sulla sfera giuridica del singolo consumatore non può, infatti, prescindersi dal considerare la relazione che astringe quest'ultimo al professionista, secondo la lettura che abbiamo data, del loro reciproco porsi.

Ne consegue che il diritto all'informazione non può essere scisso dal corrispondente obbligo, generato in capo al professionista dall'affidamento riposto dal consumatore nel suo *status*, sulla scorta della buona fede. Esso deve, al contrario, essere preso in considerazione dalla diversa prospettiva imposta dal *vinculum iuris* cui fa da contraltare, con la conseguenza che non tanto di lesione *ex* art. 2043 dovrà parlarsi, quanto piuttosto di delusione o insoddisfazione della pretesa vantata dal titolare, secondo la terminologia propria dell'obbligazione.[329]

---

[327] Così C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., 2010, 781. Analogamente A. Leone, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, Il diritto industriale 2008, 265.

[328] Cfr. art. 2 lett. c) del codice del consumo, in forza del quale «al consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità», e altresì art. 39 cod. cons., che pone a carico del professionista obblighi di trasparenza e correttezza nell'esercizio della propria attività commerciale disponendo che «le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori».

[329] Per G. Taddei Elmi*, Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. Rimedi civilistici,* Persona e mercato 2010, 214, favorevole alla tesi della responsabilità extracontrattuale, alla quale *species* riconduce anche quella di cui all'art. 1337 c.c. «la conclusione favorevole al risarcimento si inscrive del resto nel più recente orientamento che, anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale diretta tra le parti (che sola giustifica il ricorso all'art. 1337 c.c.), ha riconosciuto in materia di comunicazioni commerciali l'ingiustizia del danno patito dal consumatore a causa di una pubblicità ingannevole. In proposito, infatti, superata la tesi secondo la quale l'art. 2043 c.c. sarebbe norma secondaria, la Cassazione ha ravvisato un danno ingiusto nella lesione dell'interesse del consumatore a potersi autodeterminare sul mercato e a poter compiere liberamente e consapevolmente la propria scelta

Alla luce di quanto brevemente illustrato, pare discutibile agganciare alla delusione del consumatore pregiudicato dalla pratica commerciale scorretta le conseguenze che taluno vorrebbe trarne in termini di responsabilità extracontrattuale. Il presupposto per l'operare di quest'ultima è, infatti, costituito dall'estraneità dei soggetti interessati che si ritrovano a essere protagonisti, in qualità di danneggiante e danneggiato, di una vicenda di danno che per la prima volta li pone in relazione.[330] Nel caso dell'obbligo di informazione, e altresì più in generale, dell'interesse a che il professionista si comporti secondo buona fede, invece, si versa in una di quelle ipotesi in cui «l'adempimento di un obbligo specifico è il tramite necessario per la realizzazione dell'interesse tutelato e, reciprocamente, l'esercizio del diritto è volto a ottenere l'adempimento dell'obbligo; pretesa e obbligo correlativo si incontrano questo in funzione di quella e tra sfere giuridiche determinate, cioè tra un creditore e un debitore. Proprio la diversa struttura del rapporto fa sì che altro sia il regime di responsabilità: la sanzione per la violazione di obblighi è responsabilità contrattuale».[331]

Viceversa, la responsabilità aquiliana è sanzione di un «danno che consegua da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo».[332] Dove dunque un tale obbligo vi sia, e indipendentemente dal suo essere

---

di consumo. Il che, anche a prescindere dalla sussistenza di un rapporto precontrattuale e di una trattativa negoziale tra il consumatore e l'impresa che pone in essere la pratica commerciale scorretta, consente di riconoscere il diritto al risarcimento del danno patito dal consumatore, ferme restando, però, difficoltà di prova, in ordine al nesso di causalità e alla quantificazione, analoghe a quelle evidenziate a proposito dei danni antitrust».

330 Gli autori che fanno riferimento alla responsabilità extracontrattuale, come già chiarito nel testo, sembrano prescindere dalla dimensione relazionale in cui si inscrive l'intero rapporto tra professionista e consumatore. Pertanto, anche là dove qualificano la responsabilità del primo come precontrattuale la riferiscono al modello di quella aquiliana.

331 Così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 454.

332 Così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 455. Alla luce di ciò non sembra pertanto condivisibile la ricostruzione di C. Dalia, *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2010, 11, secondo cui «l'annullamento potrebbe, allora, cedere il passo all'azione generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., ogniqualvolta sia in discussione l'interesse del consumatore ad ottenere la restituzione delle somme corrisposte. L'ingiustizia del danno, in tale ipotesi, si identifica con la lesione del diritto del consumatore ad un'adeguata informazione (art. 2, comma 2, lett. *c*) e alla correttezza nei rapporti contrattuali (art. 2, comma 2, lett. *e*). Non v'è dubbio che la responsabilità sussista ogniqualvolta venga violato un obbligo specifico o anche generico posto a carico del professionista dal codice di consumo, la cui violazione pregiudica il suo diritto di assumere decisioni commerciali consapevoli e volontarie». L'Autrice aderisce espressamente alla tesi che attribuisce a M. Franzoni, *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, Tomo, II, a cura di E. Gabrielli, in Trattato dei contratti diretto da Rescigno, Torino 1999, 1618, secondo cui può configurarsi la responsabilità civile extracontrattuale ogniqualvolta ci sia un obbligo alla corretta informazione. *A contrario* deve osservarsi come sia superflua la ricerca dell'ingiustizia ove si qualifichi la responsabilità come contrattuale: «l'ingiustizia, infatti, è

obbligo di prestazione o di protezione, la condotta lesiva si configura quale infrazione del rapporto che già prima legava, alla stregua di debitore e creditore, i soggetti, rispettivamente attivo e passivo, della vicenda di danno.[333]

4. - Invalidità.

Altra questione è quella dell'invalidità.

La quale precisamente diviene degna di considerazione ove si aspiri ad assicurare al consumatore una tutela più incisiva di quella risarcitoria, in grado di porre

presupposto essenziale del sorgere *ex novo* di un'obbligazione (di risarcimento), laddove nella responsabilità contrattuale il *vinculum iuris* già esiste e la responsabilità ne diventa uno stato allotropico, un modo altro di perseguire lo stesso interesse in funzione del quale il rapporto è stato costituito». Così Castronovo, *op. ult. cit.*, 456.

[333] Un altro possibile ancoraggio al rimedio aquiliano potrebbe essere rintracciato nel fatto che la disciplina *de qua* non è finalizzata alla tutela della sola concorrenza, ma è volta anche a proteggere il consumatore, il quale pertanto sarebbe titolare di un diritto al risarcimento del danno avverso il professionista che violi le regole del mercato. In tal senso «… può altresì richiamarsi, … quale base portante degli interessi appena menzionati, il diritto al corretto funzionamento del mercato, riconosciuto sia dalla Corte di Giustizia, sia dalla Cassazione nella materia *antitrust*, la quale lo individua nel "diritto di godere dei benefici della competizione commerciale"»: così C. Tenella Sillani, *op. cit.*, 782.

In questa convinzione si ravvisa la tendenza a riconoscere un vero e proprio diritto del consumatore al buon funzionamento del mercato, di per sé sufficiente a giustificare il risarcimento del danno dallo stesso subito per effetto di pratiche distorsive dei meccanismi concorrenziali. Sul punto si veda G. Vettori, *Contratto e concorrenza*, Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori, Padova 2005, 31 ss., e altresì F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, Padova 2010, 109 ss.

Si tratta della tematica cui si è già accennato nel primo capitolo avente ad oggetto il c.d. danno *antitrust*, la quale troverebbe ora una significativa conferma proprio nella normativa *de qua*, e negli esiti rimediali dalla stessa desumibili. A tale propsito si era peraltro osservato che la disciplina *antitrust* non è in grado di offrire al consumatore una tutela diretta (cfr. *supra*, cap. I, § 3.2.3), e perciò di giustificare il suo diritto al risarcimento del danno. Sul punto E. Camilleri, *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità (e velleità) di un tentativo di trade off*, AIDA 2010, 425 ss. il quale constata «la difficoltà di conciliare … l'illecito aquiliano con fattispecie di illecito, quali quelle *antitrust*, ove non solo il danno riportato dalla vittima si presenti il più delle volte con sembianze che ne rendano difficile la messa a fuoco e soprattutto la quantificazione …; ma soprattutto ove lo stesso concreto prodursi della lesione, quand'anche effettivamente ricostruibile in relazione alla singola sfera soggettiva, abbia luogo secondo modalità che attentino alla tenuta del nesso eziologico».

Certamente non può negarsi che con le pratiche commerciali scorrette il legislatore comunitario si avvicina al consumatore, eleggendolo dichiaratamente a suo principale oggetto di tutela. Questa nuova prospettiva, come già sottolineato, significativamente distingue la normativa in esame da quella *antitrust*, la quale è direttamente protesa alla tutela della concorrenza e delle imprese. E tuttavia questo non sembra sufficiente a rendere risarcibile *ex lege aquilia* il danno subito dal consumatore che abbia concluso con il professionista un contratto in esito a una pratica commerciale scorretta. E ciò per quanto già si è detto in merito alla relazionalità fisiologica in cui professionista e consumatore si vengono a trovare, già nel momento in cui entrano in contatto. Indipendentemente dalla fonte, non contrattuale ma normativa da cui promanano gli obblighi in questione, si tratta infatti pur sempre di vincoli giuridici la cui violazione non può dare esito diverso dalla responsabilità contrattuale.

nel nulla gli effetti del contratto[334] concluso a seguito di pratica commerciale scorretta, così aprendo il campo alle conseguenze restitutorie cui l'invalidità è in grado di dare corso.[335] Salvo comunque il risarcimento del danno ove si versi in ipotesi coperta dalla fattispecie di responsabilità di cui all'art. 1338 c.c.[336]

Occorre dunque chiedersi se, per soccorrere il consumatore pregiudicato dagli effetti di una condotta vietata, sia unicamente ipotizzabile il rimedio risarcitorio ovvero se, e su quali presupposti, sia lecito pensare alla via ulteriore dei rimedi invalidanti, in grado di far venire meno il vincolo sorto per il tramite della condotta vietata.

Quello dell'invalidità è sentiero più battuto dai commentatori italiani rispetto a quello della responsabilità giacché, meno agevole essendone l'intrapresa, si avverte più pressante una verifica circa la sua percorribilità. Già si è rammentato che l'art. 19 co. 2 del codice del consumo, riproducendo pedissequamente la corrispondente previsione della direttiva, stabilisce che essa non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, «in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto». Ebbene, sulla scorta di tale disposizione, l'invalidità è stata da più parti presa in considerazione come possibile soluzione al problema del vuoto normativo in merito agli strumenti di tutela fruibili dal consumatore *in subjecta materia*.

Peraltro chiunque si sia cimentato e si cimenti nel tentativo di fare chiarezza in questo frangente,[337] è tenuto a scontrarsi con la difficoltà di adattare le categorie

---

[334] Che, come noto, si assumono come mai venuti ad esistenza in caso di nullità, e soltanto rimossi in un momento successivo (ma, in ogni caso, con efficacia *ex tunc*) in caso di annullabilità, cfr. V. Roppo, *Il contratto*, Milano 2001, 871 e 873.

[335] Sulla restituzione quale tutela trasversale nel diritto privato si veda A. Nicolussi, *Le* restituzioni, in Manuale di diritto privato europeo cit., 181 s.; sulle restituzioni nello specifico ambito dell'invalidità V. Roppo, *Il contratto*, cit., 871, che in caso di nullità «la retroattività scatena le proprie conseguenze sia fra le parti sia verso i terzi. Fra le parti azzera *ex tunc* i trasferimenti programmati col contratto; e soprattutto rende oggettivamente indebite *ex* art. 2033, quindi *ripetibili*, le prestazioni eseguite in base a esso. Verso i terzi distrugge gli acquisti che costoro abbiano compiuto contrattando con chi aveva a sua volta acquistato in base a contratto nullo: anche se i terzi abbiano acquistato in buona fede; anche se i terzi abbiano trascritto il loro acquisto prima della trascrizione della domanda di accertamento della nullità»; diversamente «l'annullamento è retroattivo fra le *parti*: di regola obbliga dunque le parti a restituire, per il principio dell'indebito oggettivo (art. 2033), le prestazioni già eseguite in base al contratto poi annullato. Invece di regola, l'annullamento non retroagisce nei confronti dei terzi» (*op. cit.*, 873).

[336] Sui rapporti tra responsabilità e invalidità cfr. Castronovo, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento,* Le invalidità nel diritto privato a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano 2011, 35 ss.

[337] Si vedano, tra gli altri, C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 776 ss.; Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 62; M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, Milano 2007,

classiche della nullità e dell'annullabilità a un panorama di condotte quale quello di cui agli articoli 18 e ss. del codice del consumo, tanto variegato e lontano dalla tradizione che nel nostro codice civile si rispecchia. Occorre perciò verificare anzitutto la possibilità di un'applicazione in via generalizzata della nullità a tutti i contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale scorretta; in secondo luogo si valuterà la possibilità alternativa dell'annullabilità, rispetto alla quale sarà necessario accertare la riconducibilità dei molteplici comportamenti stigmatizzati dal codice del consumo ai diversi vizi della volontà.

4.1. - Nullità

Quanto alla nullità si osserva subito che si tratterebbe di rimedio assai vantaggioso per il consumatore, atto a caducare qualunque contratto concluso con il professionista a seguito di una condotta vietata, risparmiando all'interprete l'arduo compito di ricercare nell'ordinamento, caso per caso, il rimedio appropriato.[338]

Non solo: anche nella prospettiva europea, e dunque ai fini dell'individuazione di un rimedio uniforme oltre i confini nazionali, la nullità si rivelerebbe adeguata a esprimere la valutazione negativa dell'ordinamento dell'Unione rispetto ai contratti che siano frutto di pratiche commerciali dallo stesso vietate, e così a salvaguardare interessi che l'Europa ha assunto come propri nel momento in cui ha formulato la direttiva 29/2005/CE.[339]

235; M. R. Maugeri, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, NGCC 2009, 477; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità,* cit.; A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 37.

[338] Sui vantaggi del rimedio della nullità si veda altresì, con riferimento al diverso tema degli obblighi informativi nell'attività di intermediazione finanziaria, A. Albanese*, Regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, cit., 107, il quale mette in luce come «la pronuncia di nullità … apre la strada alle azioni restitutorie, che consentono al risparmiatore di recuperare facilmente tutte le somme investite, dispensandolo dall'onere di provare tanto l'ammontare del danno subito quanto la riconducibilità causale dello stesso alla condotta omissiva dell'intermediario, escludendo altresì la rilevanza del fatto colposo dello stesso investitore danneggiato».

[339] Si vedano sul punto le considerazioni di C. Castronovo, *Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., XLV-XLVI secondo cui il ricorso al rimedio della nullità si giustifica solo in presenza di un ordinamento di riferimento che assume come propri gli interessi tutelati. Proprio in ragione dell'assenza di tale riferimento ordinamentale la nullità non è stata, almeno in un primo momento, recepita dai PDEC quale *species* di invalidità (in un momento successivo, peraltro, anche i PDEC hanno disciplinato il contratto contrario a norme imperative, nel capitolo XV della parte III). Ma là dove un ordinamento vi sia, ed è senz'altro il caso dell'Europa, allora non è peregrina l'idea di una nullità che si faccia paladina degli interessi che detto ordinamento ritiene di promuovere e tutelare.

E tuttavia, nonostante la suggestione che, come si vedrà, è sollecitata dai pedanti divieti posti in capo al professionista dalla disciplina *de qua*, la tesi della nullità non sembra in grado di affondare radici in questo terreno.

4.1.1. - (*segue*) Nullità di protezione.

A riprova di ciò è necessario innanzitutto ricordare che il legislatore italiano, in sede di trasposizione, non ha provveduto a colmare la lacuna lasciata dalla direttiva europea. Il che sarebbe stato non solo possibile, ma addirittura agevole, se si fosse esteso anche ai contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale scorretta il rimedio, tipicamente consumeristico, della nullità di protezione.[340]

Quest'ultima, in particolare, figurava tra le ipotesi più accreditate quando, ancor prima del recepimento della direttiva 2005/29/CE, i commentatori già si cimentavano nella ricerca di possibili strategie di reazione per il consumatore danneggiato dagli effetti delle neonate pratiche commerciali scorrette.[341] E ciò in quanto la nullità di

[340] La nullità di protezione, introdotta nel codice del consumo (art. 36) come sanzione per il caso in cui il contratto contenga clausole vessatorie, è rimedio giustificato dalla necessità di tutela del consumatore, in ragione della disparità tra il suo potere contrattuale e quello del professionista.

Essa, per un verso determina la caducazione solo parziale del contratto (in particolare delle clausole che siano giudicate vessatorie), così fungendo da incentivo per il consumatore nella decisione se avvalersi o meno di tale forma di tutela, giacché egli saprà che optando per la nullità non di tutto il contratto sarà privato, ma solo di quella parte di esso che abbia dato causa alla invalidità; per altro verso può essere fatta valere solo dal consumatore, o d'ufficio dal giudice, ma comunque nel suo esclusivo interesse, così impedendo al professionista di avvalersi del rimedio predisposto a tutela dell'altro contraente, avvantaggiandosi di un vizio del contratto cui egli stesso abbia dato causa.

Sulla nullità di protezione si veda A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, Diritto civile e diritti speciali, a cura di A. Plaia, cit., 179, il quale, nel dar conto della *ratio* di tale forma speciale di nullità, constata che essa «esprime … un'esigenza di protezione di uno dei contraenti rispetto a rapporti che, in considerazione della situazione *concreta* in cui questi operano, sono connotati da una disparità di potere contrattuale. Trova così attuazione anche nel diritto dei contratti l'art. 3, co. 2, della Costituzione, che esige un intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della *persona umana* come valore fondante l'intero ordinamento giuridico. Si legittima pertanto in chiave personalistica una disciplina della nullità che non è uguale per tutti i contraenti, ma che proprio in considerazione delle significative differenze esistenti tra di loro, consente di correggere le asimmetrie di potere contrattuale».

[341] Sul punto cfr. A. Costa, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di E. Minervini e L. Rosi Carleo, Milano 2007, 252 s. che, ritenendo inadeguato il rimedio dell'annullabilità anche in ragione dell'eccessiva difficoltà dell'onere probatorio che imporrebbe al consumatore osserva che «il diritto europeo dei contratti solitamente sceglie una diversa strada, che può essere quella della conformazione del regolamento, in alcuni casi prevedendo un contenuto minimo necessario, concedendo un diritto di ripensamento oppure sanzionando con la nullità di protezione quelle pattuizioni difformi o in contrasto con le proprie previsioni». Con specifico riferimento alle pratiche commerciali aggressive ritiene L. Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 62, che «la soluzione potrebbe essere quella della nullità di protezione per le ipotesi in cui vi sia la conclusione di un

protezione risponde all'esigenza[342] di proteggere il consumatore come «portatore di interessi meritevoli di una tutela autonoma e distinta rispetto a quella volta ad assicurare l'equilibrio degli scambi nel mercato e l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali».[343] Proprio il bisogno di una tutela più incisiva ha fatto sì che si sia legittimata con il tempo «una disciplina della nullità che non è uguale per entrambi i contraenti, ma che proprio in considerazione delle significative differenze esistenti tra di essi, consente di correggere le asimmetrie di potere contrattuale»,[344] connotandosi in tal senso come nullità speciale.[345]

---

negozio. La sanzione si fonda su due ragioni. In primo luogo, queste pratiche ledono la libertà di scelta del consumatore, prerogativa di rango primario nel diritto comunitario e di indubbio spessore generale. In secondo luogo, una pratica aggressiva sembra già essere contenuta nell'art. 16, comma 4, d. lgs. n. 190 del 2005, relativo alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ed è punita con la nullità. Questo sembra giustificare la previsione della nullità per i contratti conclusi sotto l'effetto delle pratiche commerciali aggressive».

Prospetta come plausibile l'esito di nullità di protezione anche E. Guerinoni, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, I contratti 2007, 178.

[342] Il tema è fatto oggetto di recente indagine ricognitiva da G. Bilò, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2011, 483 ss. L'A., dopo avere ricostruito la *ratio* delle nullità di protezione, nei termini che qui si sono riassunti, s'interroga sulla disciplina applicabile all'istituto, per concludere, sulla scorta del pensiero degli Autori che il tema hanno da tempo approfondito, che «una volta sancito il carattere relativo della legittimazione e la necessaria parzialità della nullità in discorso, non sussistono ragioni per discostarsi dalla configurazione che l'istituto assume nel codice del 1942 … ciò perché, se è vero che la nullità codicistica si rivela elastica e diversamente modulabile a seconda degli obiettivi concretamente avuti di mira, è però anche vero che quella stessa disciplina in tanto possa ritenersi derogata in quanto risulti un'espressa previsione normativa in tal senso. Non sembra cioè che le clausole di salvezza contenute negli articoli 1418 co. 1, 1421 e 1423 c.c., possano ritenersi integrate in via meramente interpretativa».

[343] Cfr. A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, cit. 77.

[344] *Ibidem.*

[345] Sulla nullità di protezione come nullità speciale cfr. S. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano 1995. Sul tema si è espresso da ultimo A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, Europa dir. priv. 2011, 77 ss.. L'Autore dapprima constata come l'obiettivo ordoliberale di costruire la cosiddetta *economia sociale di mercato* (che egli, peraltro, ritiene un ossimoro, data l'alternatività delle prospettive del mercato da un lato e dell'economia sociale dall'altro) abbia fatto sì che «la normativa comunitaria sugli scambi [abbia] moltiplicato le forme di protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale: consumatori, utenti di servizi, ma anche imprese minori» (*op. cit.*, 80 s.); ciononostante l'A. osserva che «la normativa comunitaria … di per sé non incide sui tradizionali strumentari giuridici nazionali e in specie sui rimedi. Questi sono perciò rimessi al recepimento. Ma solo in pochi casi i legislatori nazionali hanno provveduto a definire l'effetto delle violazioni dei precetti del diritto europeo sui contratti. E allora hanno comminato sempre la nullità. … di questi casi di nullità *testuali* o (eventualmente) *virtuali* … la dottrina parla oggi come di nullità speciali. E ora che la formula «nullità di protezione» … è stata adottata dal legislatore … della maggior parte di esse si parla come nullità di protezione» (*op. cit.* 87). Ciò chiarito, l'Autore si interroga circa l'esistenza di nullità *virtuali* di protezione e sulla disciplina che a esse sia eventualmente applicabile. Per rispondere a questa domanda ritiene necessaria, preliminarmente, una rilettura dell'interpretazione più classica delle nullità virtuali, che le vorrebbe nullità speciali: ciò al fine di mettere in luce come «*tali nullità non sono speciali, non sono di sola protezione ma anche di ordine pubblico, e in dipendenza del diverso modo di intrecciarsi dell'interesse privato protetto con l'interesse generale, non hanno una disciplina eguale in tutti i casi* […] solo prendendone atto si potrà davvero costruire la

Sebbene - nonostante gli auspici - il legislatore italiano non abbia alfine optato per la nullità di protezione, la mancanza di una previsione testuale in tal senso non preclude in astratto la possibilità di immaginarne comunque l'operatività in questo frangente. Si ritiene infatti, da parte dei più, che sia la nullità per contrarietà a norme imperative di cui all'art. 1418 co. 1, sia la nullità di protezione, siano in grado di operare anche in mancanza di espressa comminatoria da parte del legislatore. [346]

Quanto alla prima è stato chiarito in dottrina che non sarebbe necessaria la previsione testuale, in quanto il carattere imperativo della norma la cui violazione comporta la nullità *ex* art. 1418, si può desumere dall'indisponibilità degli interessi

---

postulata categoria concettuale, e rispondere razionalmente alla domanda circa la loro estensione ai casi non espressamente regolati» (*op. cit.*, 91).

Ritiene, viceversa, «compiutamente realizzato» e dunque non bisognoso di ulteriori indagini, il binomio nullità di protezione/nullità speciale, a partire dalla legislazione successiva al codice, A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 74.

[346] Si tratta della nullità comunemente nota come "virtuale" che è una forma di nullità "inespressa ma implicita nella natura imperativa della norma" (G. B. Ferri, *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in Riv. dir. comm., 1996, 393). Diffidente nei confronti della categoria (che definisce una «contraddizione in termini» in considerazione del fatto che la nullità «è di stretta competenza legislativa») è C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, Manuale di diritto privato europeo cit*.,* 345, che, pur non negando l'astratta configurabilità della nullità anche ove non testualmente prevista, ritiene però che essa possa «essere ricavata da una norma imperativa, quando il legislatore non l'abbia testualmente prevista, solo nei termini di integrazione di una lacuna» e non invece per effetto di improvvide interpretazioni giurisprudenziali quali quelle che «dalla qualificazione di imperatività interpretativamente formulata [hanno] creato il passaggio ulteriore di una nullità dichiarata in base a un errato apprezzamento del profilo del contratto al quale tale imperatività deve riferirsi perché se ne possa ricavare un esito di tal fatta».

Sulla possibilità astratta di individuare nullità di protezione pur in assenza di una espressa previsione in tal senso cfr. A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale». Riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., 338 s. che rileva come «la medesima indisponibilità dell'interesse protetto connota peraltro anche le norme imperative di protezione, la cui violazione rende nullo il contratto, secondo la regola generale dell'art. 1418, co. 1 c.c., in difetto di una specifica previsione in tal senso nella singola disposizione violata. Non sarebbe invece corretto limitare l'incidenza delle norme imperative di protezione sulla validità del contratto ai casi specificamente previsti dalla legge, sostenendo che al di fuori di questi possa aversi nullità solo quando il contratto leda interessi generali. Tale soluzione, nella sua apparente aderenza al dato positivo, perde, infatti, di vista la coerenza e la razionalità del sistema, le quali risulterebbero compromesse ove si ammettesse che la violazione di norme che, in relazione alla tutela apprestata, si riconoscono tutte imperative, determini la nullità soltanto quando tale conseguenza sia specificamente prevista dalla legge». Lo stesso Autore si era già occupato, più ampiamente, del tema, nel precedente, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, 49 s. e in *Contratto mercato responsabilità,* cit. 74 ss..

In senso conforme si veda ora anche A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 157 s. il quale osserva come «in definitiva, un patto che entri in conflitto con un divieto legale è nullo ogni volta che la legge lo preveda espressamente, quando esistono precisi indici positivi di indisponibilità dell'interesse tutelato dal divieto, ma anche quando – pur in difetto di simili esplicite indicazioni – l'interprete accerti, con maggiore discrezionalità, "la incompatibilità tra la sopravvivenza del contratto ed il rispetto del divieto" di protezione ovvero che "il regolamento contrattuale non si inserisce senza contraddizioni nel tessuto di rapporti giuridici in cui dovrebbe operare"».

protetti,[347] risultante «dagli stessi elementi costitutivi della fattispecie, ovvero dal contesto in cui essa è inserita, e in particolare dalla previsione di un sistema di controlli e sanzioni idoneo a giustificare sul piano razionale la nullità del contratto che ne viola il disposto, pur in difetto di una previsione testuale in tal senso».[348]

Rispetto alla seconda, pur tenendosi conto della peculiarità che la distingue dalla prima, l'una essendo protesa alla salvaguardia di interessi generali, l'altra essendo rivolta alla protezione anche di interessi di natura individuale,[349] non sembra vi siano

---

[347] Cfr. A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»*, cit., 334.

[348] Così A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 55, il quale pone a emblematico esempio di norma imperativa non testualmente presidiata da nullità l'art. 3 della l. 10 ottobre 1990 n. 287, avente a oggetto la "tutela della concorrenza e del mercato". L'Autore ritiene di poter desumere la fondatezza della nullità "virtuale" come forma di invalidità che prescinde da una espressa previsione testuale, dall'indisponibilità della tutela che l'ordinamento offre ai contraenti per l'ipotesi di violazione di una norma imperativa. Egli infatti, ritiene che il carattere imperativo della norma può essere accertato ricercando «nella disciplina dell'interesse tutelato, precisi elementi di indisponibilità, frutto di una scelta ... già compiuta dal legislatore» (ivi, 97). Tale ultima precisazione è indicativa di come l'A. escluda ogni margine di discrezionalità dell'interprete dal momento che, per valutare se la nullità appaia rimedio congruo alla luce della *ratio* sottesa alla norma imperativa violata, si deve operare «esclusivamente sulla base di un'indagine di stretto diritto positivo» (*ibidem*).

Per una rassegna delle posizioni della dottrina in tema di nullità virtuale cfr. M. Mantovani, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in Le invalidità nel diritto privato a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano 2011, 194 che constata come «chi s'interroghi oggi sul senso e sulla portata operativa dell'affermazione contenuta nel 1° comma, non trova risposte univoche in dottrina e giurisprudenza in ordine ai criteri attraverso i quali predicare la nullità di un contratto che contrasti con una norma imperativa, la quale nulla disponga circa le conseguenze connesse alla sua violazione». Ne consegue che, a fronte della prolifica legislazione europea da cui promanano di continuo norme imperative «non appare sempre limpido né scontato il nesso tra violazione della norma imperativa (di protezione) e nullità ex art. 1418, 1° comma, c.c., in ragione del fatto che il legislatore sovente non indica la conseguenza della violazione delle norme imperative che via via introduce» (*ibidem*).

Le conclusioni dell'A. circa il fondamento della nullità virtuale sono riassunte nei termini che seguono: in presenza di «un regolamento contrattuale che appaia in contrasto con una norma imperativa la quale resti silente sulla conseguenza della sua violazione, l'interprete dovrà anzitutto indagarne il fondamento, lo "scopo" (Sinn und Zweck) che attraverso di essa il legislatore aveva di mira. E così valutare – con riguardo alla concreta operazione economica – se la permanenza del programmato assetto contrattuale risulti soggettivamente e/o oggettivamente del tutto incompatibile con la ratio della disposizione disattesa e con i valori da questa veicolati; e, in definitiva, decidere se la conseguenza della nullità appaia soluzione necessaria o si riveli invece esorbitante rispetto alla realizzazione degli interessi protetti dalla norma imperativa violata, ove gli stessi possano trovare adeguata tutela mediante altri rimedi» (*op. cit.*, 205). Posizione analoga esprime anche M. Barcellona, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in Le invalidità nel diritto privato, cit., 74, a dire del quale «ricorre, dunque, la *ratio* della nullità virtuale tutte le volte in cui la permanenza dell'assetto giuridico-materiale programmato dal contratto appaia in sé oggettivamente o soggettivamente del tutto incompatibile con l'assetto programmato dalla norma violata».

[349] Osserva V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, Manuale di diritto privato europeo cit., 485, con riferimento alla novità rappresentata dalla nullità di protezione, che «mutato risulta il fondamento sostanziale della figura, da riporre non più e necessariamente nella tutela di un interesse solo pubblico o sociale, astratto e spesso contrapposto a quello particolare delle parti contraenti, ma direttamente e immediatamente anche soltanto in questo, quante volte in tale direzione, ossia nella protezione di determinate categorie di soggetti si manifesti il senso e la *ratio* stessa dell'intervento normativo. E proprio

ragioni sufficienti per sottoporla a un trattamento difforme, essendo possibile anche in questa ipotesi desumere il carattere imperativo della norma che essa andrebbe a presidiare, dall'indisponibilità della tutela offerta dall'ordinamento al contraente protetto. Va infatti rammentato che «la possibile coesistenza di interessi pubblici e privati … non esclude … che … restrizioni al potere di disposizione delle parti possano essere stabilite anche da norme che sono volte a garantire valori individuali della persona e che non di meno devono ritenersi imperative pur in mancanza di una espressa previsione di nullità, ove l'interesse da queste protetto, proprio in considerazione della disciplina al riguardo dettata dalla legge, assuma carattere indisponibile».[350]

Pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, dunque, l'idea della nullità potrebbe di primo acchito apparire degna di considerazione nella normativa *de qua* sul presupposto che il *divieto* di pratiche commerciali scorrette appare plausibile indice d'imperatività della regola di cui all'art. 20 cod. cons. Sennonché, a ben vedere,

---

perciò da *sanzione* la nullità è divenuta nel diritto europeo dei contratti essenzialmente *protezione*, qualificandosi appunto come *nullità di protezione*».

[350] Cfr. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 56. L'Autore, peraltro, individua un possibile ostacolo alla configurabilità di nullità di protezione non testuali, nel disposto dell'art. 1421 c.c., il quale «facendo salve diverse disposizioni di legge, stabilisce che la regola della legittimazione assoluta ad agire trova applicazione ogni volta che non sia legislativamente prevista una disciplina differente, negando così in radice la configurabilità di una lacuna e quindi l'esistenza stessa del presupposto necessario per il ricorso all'analogia. Ne risulta una disciplina della nullità «rigida» che riserva al legislatore eventuali deroghe impedendo l'introduzione di correttivi in via interpretativa». Tali considerazioni, se precludono all'interprete l'individuazione di ipotesi di nullità di protezione non testuali mediante il ricorso all'analogia, non impediscono però in assoluto di approdare, per altra via, al medesimo esito. E ciò in quanto «a ben vedere … l'ostacolo potrebbe superarsi ove si colga l'evoluzione nel tempo dell'ordinamento da una prospettiva diacronica, nella quale la riserva alla legge di eventuali deroghe trova il proprio referente storico nelle ipotesi tradizionali di nullità, coeve all'emanazione della regola codicistica, e non impedisce di conformare negli aspetti più specifici le modalità di tutela agli scopi di riequilibrio e protezione del contraente debole» (*op. cit.*, 88).

Si mostrano favorevoli alla nullità di protezione virtuale anche S. Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 173 e Gambini, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in Giur. merito, 2004, 2636, i quali tuttavia, ritengono di poter giustificare tale accettazione mediante il ricorso allo strumento dell'analogia.

Nutre invece dubbi in merito alla possibilità di configurare «nullità virtuali di protezione» G. D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, Contratti 2009, 739, il quale da un lato ritiene plausibile l'ipotesi di una nullità testuale, «che sia cionondimeno *priva di una disciplina specifica*», e che egli chiama nullità di protezione virtuale («la lacuna riguarderebbe in questo caso non la previsione del rimedio (nullità), bensì la disciplina di esso», *op. cit.* nt. 27); dall'altro si dimostra scettico per l'ipotesi in cui il legislatore «abbia dettato una norma «imperativa» *senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione*»: in tale ipotesi, ammettere il rimedio della nullità virtuale di protezione significherebbe rendere il giudice arbitro non solo della individuazione del rimedio, ma anche della costruzione della sua disciplina «finendo per riconoscere alla valutazione giudiziale margini di discrezionalità forse eccessivi» (*op. cit.* 740).

non basta il divieto a rendere imperativa la norma in cui esso è sancito.[351] Come anticipato, infatti, il carattere imperativo di essa, idoneo a giustificare la nullità in caso di violazione, non consiste soltanto nell'essere la stessa volta alla tutela di un interesse generale (che emergerebbe dall'imposizione dello stesso divieto), ma va ulteriormente verificato in relazione all'indisponibilità della tutela che la norma stessa mira ad attuare.[352]

Ne consegue che, accanto alla presenza del divieto è necessario accertare che sussistano anche indici della suddetta indisponibilità, la quale si ritiene ricorra «allorché l'osservanza di un precetto sia presidiata da rimedi e sanzioni che, essendo applicabili a prescindere da una contraria volontà del soggetto tutelato, realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso, senza peraltro escludere l'ulteriore effetto dirimente della nullità».[353]

Ebbene anche simili "rimedi e sanzioni" sono presenti nella disciplina in esame, la cui applicazione, come noto, è demandata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui il legislatore ha attribuito potestà sanzionatoria, così sottraendo alla disponibilità dei consumatori interessati la facoltà di rinunciare alla tutela. La presenza di espressi divieti e la previsione di sanzioni amministrative da irrogarsi in caso di loro inosservanza sembrerebbero rendere plausibile la strada della nullità pur non

---

[351] A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 85, ritiene a tale proposito che «per integrare la fattispecie prevista dall'art. 1418 co. 1 c.c. non è sufficiente la violazione di un qualsiasi divieto legale, ma occorre dimostrare che la norma violata… denota un particolare e qualificato atteggiamento dell'ordinamento che ne esige la soddisfazione in contrasto con le scelte che le parti hanno volontariamente compiuto».

[352] A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale». Riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., 339.

[353] *Ibidem*. L'Autore spiega «che l'indice d'indisponibilità può ravvisarsi in rimedi diversi, anche non di tipo civilistico, previsti da norme di diritto amministrativo o penale. Ove, infatti, la violazione del precetto legale, indipendentemente dall'iniziativa dei privati interessati, dia luogo all'applicazione di sanzioni o ad altre conseguenze diverse dalla nullità ma con essa compatibili, tale disciplina diviene criterio per determinare il carattere imperativo della norma, rendendo altresì nullo il contratto».

A ciò si aggiunge, quale ulteriore filtro per la verifica dell'indisponibilità dell'interesse, la necessità di valutare non solo la singola disposizione violata, cui le conseguenze sanzionatorie sono collegate, bensì l'intero contesto normativo nel quale essa è inserita. Particolare rilievo potrebbe assumere, in tale ottica, l'attribuzione di una potestà repressiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, o in generale a un organismo di diritto pubblico in grado di operare – e anzi, tenuto a farlo – indipendentemente dalla volontà dei soggetti privati che la norma imperativa intenderebbe tutelare.

Calando queste riflessioni nell'ambito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, potrebbe apparire allora plausibile l'attribuzione alle norme che la compongono, del carattere dell'imperatività: l'art. 20 prevede, infatti, un divieto generale delle pratiche scorrette, e l'art. 27 attribuisce all'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato il potere di intervenire a sanzionare coloro che pongano in essere le condotte vietate.

testualmente prevista dalla legge. E si tratterebbe di nullità di protezione poiché questa, meglio della figura generale della ordinaria nullità per contrarietà a norme imperative, sarebbe in grado di tutelare il consumatore, per un verso essendo la relativa azione esperibile da esso soltanto, e non dal professionista; per altro verso determinando una caducazione solo parziale del contratto.

Ma questa conclusione incontra un ostacolo insormontabile: anche preso atto dell'effettiva indisponibilità della tutela offerta al consumatore dalla disciplina *de qua*, non si può trascurare che quest'ultima trova il proprio fondamento nella buona fede, con conseguente qualificazione dei divieti posti a carico dei professionisti quali regole di condotta,[354] in quanto tali sottratte alla nullità.[355]

La nullità, infatti, postula che la contrarietà a norme imperative riguardi non tanto i comportamenti posti in essere dalle parti nella costituzione del rapporto, o nel corso dell'esecuzione del contratto, quanto piuttosto il regolamento contrattuale: ciò che è nullo, secondo il tenore letterale dell'art. 1418 co. 1 c.c., è, infatti, il *contratto* contrario a norme imperative.[356] Ne consegue che a una soluzione di invalidità di "grado forte"

---

[354] La regola di condotta, per sua natura, «non vieta né impone un determinato contenuto negoziale, ma soltanto esige che la volontà di una delle parti, quale che essa sia, venga orientata da una corretta informazione circa gli aspetti rilevanti del rapporto contrattuale»: così A. Albanese, *Regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, Corriere giuridico 2008, 109.

[355] Cfr. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*», cit., 778, che riassume le posizioni di dottrina e giurisprudenza sul punto chiarendo come «sulla scia della dottrina prevalente, e nonostante autorevoli opinioni contrarie, anche oggi si deve in primo luogo ribadire che il ricorso a pratiche commerciali scorrette (anche qualora rientrino tra quelle "aggressive") non comporti *ex se* la nullità dei contratti che ne siano l'effetto per contrarietà a norme imperative ai sensi dell'art. 1418 1° co. c.c.; e ciò per ragioni non dissimili da quelle formulate dalla Cassazione a Sezioni Unite con riguardo alla violazione degli obblighi di informazione degli intermediari finanziari (Cass. 26724/2007 e Cass. 26725/2007)». Tale notissima giurisprudenza ha contribuito a definire l'area di applicabilità dell'art. 1418 co. 1, limitandone gli effetti ai casi di contrarietà a norme imperative dei soli elementi intrinseci alla fattispecie negoziale e non già di fatti a essa estranei quali i comportamenti tenuti dalle parti in fase di trattativa.

[356] Si tratta dell'ampiamente discussa questione della differenza tra regole di validità e regole di responsabilità. È il contratto ad essere oggetto della proibizione di cui all'art. 1418, non i comportamenti precontrattuali posti in essere dalle parti per addivenire alla sua stipulazione. La nullità determina, infatti, il venir meno degli effetti del contratto, in ragione della disapprovazione del regolamento che le parti si sono date. «Ne deriva che soltanto di tale regolamento si potrebbe ragionevolmente ritenere la contrarietà alla norma per negarne la validità e l'efficacia, mentre non avrebbe alcun senso predicare la nullità di comportamenti nella fase che precede o segue la formazione del consenso, nonostante questi assumano rilevanza come violazione di precisi obblighi di condotta»: così A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale». Riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., 353.

Sul tema cfr. altresì il saggio dello stesso Autore, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, cit., 109, dove si osserva che nell'ipotesi di violazione di obblighi informativi posti dalla legge in capo a un determinato soggetto (l'intermediario finanziario, nel caso specificamente analizzato, ma il ragionamento può essere

quale quella rappresentata dalla nullità di protezione, potrebbe addivenirsi soltanto ove si accettasse una innovativa commistione tra regole di condotta e regole di validità.[357]

Si tratta dell'interrogativo «che costantemente affiora nell'attuale dibattito sulla nullità virtuale e che ha di recente costituito oggetto d'importanti arresti giurisprudenziali: ci si è chiesti, cioè, se la violazione di doveri di comportamento nella fase precontrattuale (e, in particolare, dei doveri di informazione) imposti ad una parte in rapporti caratterizzati da asimmetrie di potere contrattuale e/o informativo, possa dar luogo – nel silenzio della norma imperativa violata – alla nullità del contratto ex art. 1418, 1° comma, c.c. Ed è qui, almeno secondo recenti pronunce della Corte di cassazione, che il tema della nullità incrocia in pieno la questione della perdurante vigenza del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento /responsabilità».[358]

Detta questione, com'è noto, è stata risolta dalla Cassazione[359] nel senso che la tradizionale distinzione è destinata a perdurare. Non certo quale «principio assoluto che trova costante riconoscimento nel sistema [o] caratteristica che accomuna senza deroghe tutte le fattispecie di invalidità [quanto] piuttosto come criterio per decidere la sorte del contratto in quelle ipotesi in cui la norma violata non prevede alcuna conseguenza invalidante»:[360] ove si tratti di regola di 'mera' condotta, obbligata sarà la strada della responsabilità, laddove quella dell'invalidità potrà essere percorsa quando si tratti di

---

esteso anche alla figura più generale del professionista) «non si potrebbe invero invocare la regola dell'art. 1418, co. 1 c.c., la quale postula che contrario alla norma imperativa sia il contratto come atto di autonomia e non già la condotta scorretta di uno dei contraenti. È del resto evidente che il comportamento antigiuridico di una parte, pur quando abbia influenzato in modo determinante la decisione della controparte, non si traduce di per sé nell'adozione di un assetto di interessi vietato dalla legge, la quale non disapprova il contenuto dell'accordo ma soltanto le modalità con le quali questo si è formato».

[357] Sul punto, ma in senso contrario alla suddetta commistione, si veda C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., 778, secondo cui «dalle singole figure di nullità, disposte nell'ambito della legislazione speciale di derivazione comunitaria, non è possibile desumere un principio di generale influenza delle regole di comportamento sulla validità del contratto, applicabile anche a fattispecie diverse da quelle tipizzate dal legislatore: troppo settoriali e frammentarie sono infatti le diverse ipotesi, inidonee perciò stesso a esprimere una univoca scelta di sistema che possa assurgere a regola generale».

[358] Così M. Mantovani, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in Le invalidità nel diritto privato, cit., Milano 2011, 213.

[359] Nelle già richiamate sentenze Cass. 26724/2007 e Cass. 26725/2007 sulle quali, oltre al saggio già citato di A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità,* cit., si vedano altresì A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite,* Contratti 2008, 221 ss; U. Salanitro, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* ratio decidendi *e* obiter dicta *delle sezioni unite*, in NGCC 2008, 445 ss.. Sul tema cfr. altresì C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, Europa dir. priv. 2008, 599 ss.

[360] Così A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, cit., 112.

regola di validità.[361]

Alla luce degli esiti, anche giurisprudenziali, del dibattito apertosi su questo tema, sembra difficilmente sostenibile che regole di condotta, quali quelle oggi inserite nel codice del consumo a seguito della trasposizione della direttiva 2005/29/CE, siano da ritenersi presidiate dal rimedio della nullità di protezione.[362]

Ne consegue che, per un verso tale conclusione comporta la riconduzione della protezione del consumatore alla disciplina generale dei contratti di diritto interno, senza attribuirgli alcuna maggiore o diversa tutela in ragione della *scorrettezza* della pratica da cui il contratto è scaturito. Per altro verso, in tal modo opinando, si rischia di dare

[361] L'esito di invalidità a fronte della violazione di una regola di mera condotta, quale potrebbe essere quella che pone a carico di una parte l'obbligo di informazione, può immaginarsi soltanto se sia la legge stessa a prevederla. Ma in questa ipotesi, della quale si ritrovano vari esempi nella legislazione speciale, «l'informazione si è ipostatizzata, diventando una vera e propria prestazione accessoria, non più frutto dell'osservanza di un obbligo di protezione … essa è diventata una condotta la cui difformità rispetto alla previsione legislativa è talora qualificata dalla nullità» così essendosi operato «un trascendimento dell'obbligo di informazione e della sanzione ad esso normalmente annodata costituita dalla responsabilità precontrattuale»: queste le osservazioni di C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 342 il quale prosegue considerando che «tutto ciò è accaduto e non poteva non accadere perché la legge è venuta formulando le rispettive fattispecie. Ove questo non è accaduto, e gli obblighi di informazione tali sono rimasti, con una previsione che li contempla come concretizzazione dell'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede, nessuna ragione giuridica può militare in favore dell'idea che la violazione di tali obblighi, che tale formalmente è rimasta, transustanzi a sua volta la qualificazione che da sempre la riguarda, la responsabilità, in nullità».

[362] Niente peraltro impedisce di ritenere nullo il contratto in applicazione dell'art. 1418 co. 2 c.c., quando la pratica commerciale scorretta sia in grado di integrare un'ipotesi di mancanza di uno degli elementi essenziali, ovvero dia luogo ad illiceità della causa.[362]

Inoltre la nullità di protezione potrebbe trovare applicazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 33, 34 e 36 cod. cons. nel caso in cui la pratica commerciale scorretta sia integrata dalla presenza, nel contratto, di clausole abusive, giacché esse ben potrebbero precludere al consumatore «di avere chiaro quale sia il preciso assetto dei diritti e degli obblighi inerenti al rapporto contrattuale … mentre, di contro, il professionista avrà … buon gioco a far valere nei fatti i diritti e i poteri "testualmente" previsti in suo favore dalle clausole vessatorie». Così S. Orlando, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, Obbligazioni e contratti 2009, 346, il quale osserva come la questione della sovrapponibilità della disciplina delle clausole abusive con quella delle pratiche commerciali scorrette si pone essenzialmente in due ipotesi: «a) nel caso in cui il professionista utilizzi clausole rispondenti alla cosiddetta «lista nera» dell'art, 36 co. 2 cod. cons. (e cioè clausole destinate in ogni caso a essere nulle nei rapporti individuali con i consumatori); b) nel caso di utilizzo delle altre clausole abusive in assenza di una più ampia prassi professionale che preveda, a fianco di tale utilizzo, il tentativo di una trattativa individuale su tutte le clausole abusive, con tutti i consumatori ed un'informativa sulla nullità parziale del contratto ai sensi dell'art. 1338 c.c. In queste due ipotesi sono … ravvisabili … gli elementi costitutivi di una pratica commerciale scorretta, letteralmente formulati nella fattispecie generale di cui all'art. 20 cod. cons.».

In entrambi i casi prospettati, il primo in grado di attingere alla regola generale della nullità di cui al codice civile, il secondo alla disciplina speciale della nullità di protezione, si tratta però di ipotesi in cui, a prescindere dalla qualifica di scorrettezza eventualmente impressa dalla disciplina in esame a una determinata condotta, i suddetti rimedi si applicherebbero comunque, in virtù del diritto privato generale ovvero del diritto secondo contenuto nel codice del consumo, trattandosi nella prima ipotesi di una nullità afferente al contratto, nel secondo di una nullità che, pur conseguente alla violazione di una regola di condotta, è però testualmente prevista.

corso a un inevitabile allontanamento dagli obiettivi di armonizzazione addirittura «piena» che la direttiva si era proposta, giacché, se non è dato di rintracciare un rimedio comune nel diritto interno, ancor più difficile sarà immaginare un esito uniforme nel diritto europeo.

4.2. - Annullabilità.

Data la difficoltà di percorrere il sentiero della nullità, non resta che rivolgersi alla via alternativa dell'annullabilità, con riferimento alla quale pure, peraltro, emergono alcune difficoltà applicative, dovute, essenzialmente, all'impossibilità di ricondurre l'intera gamma delle pratiche commerciali scorrette entro i limiti dettati dal nostro codice civile per la rilevanza dei vizi della volontà.

A un livello superficiale di analisi sembrerebbe, invero, piuttosto facile ed immediata la connessione tra pratiche commerciali scorrette e vizi del consenso: le prime si caratterizzano infatti per la loro ingannevolezza e/o aggressività, e così agevolmente inducono l'interprete a rivolgersi alle categorie del dolo e della violenza. Ma non appena si tenta la strada dell'applicazione concreta ci si accorge che molte delle fattispecie descritte nel codice del consumo si situano a un livello che è stato efficacemente definito «*sotto soglia*», [363] di talché esse finiscono per esulare dall'applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 1427 e ss. c.c.

Alla luce di ciò è sorto spontaneo l'interrogativo se non sia opportuno un adeguamento del diritto contrattuale tradizionale alle nuove esigenze emerse a seguito del recepimento della direttiva 2005/29/CE: [364] diversamente, infatti, alcune pratiche pur

[363] A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 60.

[364] Sul punto A. Mirone, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, AIDA 2008, ritiene che «il problema … non è quello di verificare la indiscutibile compatibilità di rimedi invalidativi con la normativa sulle p.c.s., ma quello di accertare se la violazione dei divieti previsti dagli artt. 18 e ss. cod. cons., determini di per sé conseguenze sul piano invalidativo, oppure – come si è prefigurato da parte di altri – non debba suggerire una più o meno ampia ridefinizione per via interpretativa delle figure del dolo e della violenza, alla luce del fatto che il sistema avrebbe fatto emergere progressivamente una pregnanza ed esigenza di tutela sempre maggiori verso la posizione di interessi dei consumatori». Sembra ritenere scontato il ricorso all'annullabilità indipendentemente dal ricorrere o meno dei requisiti necessari per il diritto interno L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 455 secondo cui «qualora l'atto di consumo, del quale si esalta l'aspetto dinamico, sia accompagnato da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive – pratiche che, indubbiamente, evocano dolo e violenza – il singolo contraente, posto che la «direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale», può ricorrere all'annullabilità del contratto per dolo o violenza. L'evocare il dolo o la violenza non costituisce, però, una mera precisazione di quanto è già presente nel sistema nazionale. La direttiva, difatti, viene a

ritenute scorrette ai sensi della disciplina in esame, non sarebbero in grado di dar corso all'annullamento del contratto. Si è in tal senso osservato che la normativa *de qua* indurrebbe a un ampliamento «(del)la prospettiva dei tradizionali vizi del volere a quelle anomalie che nascono da indebiti condizionamenti e specifiche debolezze».[365] L'ipotesi formulata però non convince alla luce delle considerazioni di seguito esposte.

4.2.1. - Pratiche commerciali ingannevoli: superamento del dolo in senso tradizionale?

Si considerino innanzitutto le pratiche commerciali ingannevoli che, anche dal punto di vista dell'applicazione concreta, sono quelle più di frequente poste in essere dai professionisti, riguardando prevalentemente la fase di promozione del prodotto.[366]

Stando alle previsioni dell'art. 21 cod. cons., «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi[367] e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

---

tipizzare determinati comportamenti che assumono, in tal modo, una propria autonoma rilevanza, sicché al loro cospetto il consumatore può essere esonerato dall'onere della prova. In definitiva dunque la direttiva sembra permettere al consumatore di ottenere l'annullamento del contratto anche in assenza di prove n merito alla rilevanza del comportamento nella sua sfera individuale, oltre che in merito agli elementi configurativi della ingannevolezza o della violenza del professionista».

[365] A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géometrié*, Contratti 2006, 171, il quale chiarisce (*ivi* nt. 101) che «l'elaborazione dell'invalidità come mezzo di protezione di chi non sa fare i propri interessi, e la sua estensione da regola speciale relativa a categorie protette a regola generale di giustizia sociale, intrinseca alla logica del diritto europeo dei contratti perché presente, sia pure con diverse sfumature (come, soprattutto la necessità o no della lesione patrimoniale per la concessione del rimedio) è sostenuta da M.W. Hesselink, *Capacity and Capability in European Contract Law*, in *Europ. Rev. of Priv. Law*, 2005, 491 ss».

[366] Di questo può aversi riscontro se solo si verifica il contenuto dei provvedimenti adottati dall'AGCM che, nella maggior parte dei casi, sanzionano pratiche commerciali ingannevoli.

[367] Tali elementi, come la stessa norma dispone, sono: «a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale,

Il carattere decettivo della pratica ingannevole evoca immediatamente gli inganni e i raggiri che qualificano da sempre il dolo come vizio della volontà, fin dalle origini definito quale «*omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*».[368] Il che favorisce la suggestione per cui la condotta che falsi o sia idonea a falsare (così più sinteticamente la direttiva 2005/29/CE) il comportamento economico del consumatore medio possa senz'altro ritenersi dolosa. Questa conclusione, in effetti, non è priva di fondamento: se, infatti, il professionista, con artifici o raggiri, ottiene il risultato di carpire il consenso del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, non sembrano esservi preclusioni a che quest'ultimo eserciti l'azione di annullamento, essendo stata la sua libertà di autodeterminazione contrattuale alterata dalla condotta decettiva del professionista. Sennonché tale apparentemente scontata riconducibilità dell'ingannevolezza al dolo presenta, se osservata con più attenzione, i seguenti profili problematici.

Per un verso la definizione di pratica commerciale ingannevole non sembrerebbe escludere, diversamente dal dolo, le condotte "colposamente" decettive, e cioè tali pur in mancanza di un intento distorsivo del professionista.[369] La direttiva, infatti, in funzione del giudizio d'ingannevolezza della condotta, non presuppone l'*animus decipiendi* del professionista, tanto che è suscettibile di essere qualificato sleale anche il comportamento meramente colposo.

Per altro verso, con specifico riferimento ai comportamenti affetti dalla preordinazione, è bene ricordare che non qualunque inganno è in grado, per il nostro diritto, di assurgere a livello del dolo-vizio della volontà, essendo l'ambito di operatività di quest'ultimo circoscritto al ricorrere di precisi requisiti della condotta. Si consideri in tal senso la tradizionale distinzione tra *dolus malus* e *dolus bonus*, l'uno rilevante, l'altro no, ai fini dell'annullabilità del contratto; e altresì quella tra *dolus causam dans* e

---

commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

368 Si tratta della nota definizione, di epoca classica, attribuita a Labeone (Dig. 4, 3, I, 2).

369 Sebbene, infatti, la direttiva 2005/29/CE, al considerando n. 7, individui il proprio oggetto nelle pratiche commerciali il cui «intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori», così insinuando il dubbio che essa riguardi solo comportamenti volutamente sleali, il dettato normativo induce a conclusioni contrarie, non potendosi rintracciare in esso elementi idonei a escludere le condotte anche solo colpose dal novero delle pratiche vietate. Sul punto si veda L. Di Donna, *Obblighi informativi precontrattuali. La tutela del consumatore*, Milano 2008, 35, e altresì F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., 176.

dolus incidens, di cui solo il primo è da considerarsi vizio invalidante, il secondo essendo in grado di dar corso a una mera azione di responsabilità. E infine vi è la diversa considerazione del dolo commissivo e di quello omissivo: l'uno compreso, l'altro tradizionalmente escluso, dai raggiri di cui all'art. 1439 c.c..

Per effetto di tali distinzioni sembrerebbero persistere delle aree d'ingannevolezza che, pur essendo "coperte" dalla direttiva come pratiche vietate, restano però al di fuori del dominio del dolo come tradizionalmente inteso.[370] Il referente applicativo della materia *de qua*, quanto all'ingannevolezza, sembrerebbe dunque più esteso rispetto a quello della disciplina del contratto annullabile ai sensi dell'art. 1439 c.c..

4.2.1.1. - Dolo e inganno colposo.

Quanto al primo profilo evocato, relativo alla compatibilità dell'inganno colposo con il dolo, la tradizione civilistica ha sempre considerato imprescindibile - ai fini dell'annullabilità - l'*animus decipiendi*, ritenendo irrilevante il vizio della volontà che derivasse da un comportamento meramente colposo della controparte. Seguendo tale interpretazione sarebbero da considerare privi di copertura *sub specie* di dolo, e precluderebbero la via dell'annullabilità, tutti quei comportamenti che, pur se giudicati scorretti dalla direttiva 2005/29/CE, in quanto idonei a falsare il comportamento economico del consumatore, non siano però preordinati a questo scopo.

Sennonché, come noto, guadagna consensi in dottrina l'opinione (contraria a quella poc'anzi enunciata), secondo cui «reagire con l'annullamento all'inganno

[370] Il problema principale con cui ci scontra nell'esaminare i rimedi invalidanti esperibili in caso di pratica commerciale scorretta cui sia conseguito un pregiudizio per il consumatore è precisamente quello dei 'vizi-incompleti', secondo la denominazione attribuita a queste ipotesi di confine tra responsabilità e invalidità, da M. Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino 1995. E infatti l'espressione "vizio incompleto" - secondo quanto riferisce l'Autrice - «è riservata ad indicare quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio - e per le quali l'impugnativa è perciò esclusa -, il concreto assetto d'interessi, che risulta dal contratto, appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo «deformata» in ragione della (influenza spiegata dalla) condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto» (*op. cit.*, 187).

Proponendosi l'obiettivo di sondare le diverse figure di «vizi incompleti» e per il loro tramite il rapporto «tra disciplina dei vizi del consenso e rilievo della condotta delle parti nella fase precontrattuale», l'Autrice si occupa dei casi riferibili, seppur non equiparabili, a errore, dolo e violenza, e rileva che è senz'altro l'area del dolo a offrire maggiori spunti di analisi, rappresentando però altresì un «terreno insidioso, in cui più arduo appare il compito di delimitare l'area del "vizio incompleto" in ragione delle incertezze che ancora permangono intorno alla stessa definizione di ciò che integra il «vizio» rilevante ai fini dell'annullamento» (*op. cit.,* 220).

colposo può, almeno in qualche caso giustificarsi».[371] E ciò in quanto, pur nella consapevolezza che «occorre prudenza per circoscrivere il rimedio ai casi che davvero lo meritano» si ammette che ciò possa accadere «quando l'inganno colposo proviene da chi si presenta come *professionista* della materia contrattuale, e non come laico».[372] Ebbene se si accogliesse una tale interpretazione "estensiva" della disciplina del dolo, ne conseguirebbe che anche i contratti conclusi a seguito di pratiche commerciali ingannevoli dovute a mera negligenza, risulterebbero annullabili.[373]

E tuttavia tale conclusione non convince appieno: quello che si è detto 'inganno colposo', infatti, è radicalmente altro dal dolo, il quale si contrappone alla negligenza proprio in ragione dell'*animus decipiendi,*[374] che giustifica il più pregnante rimedio

---

[371] Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., 818.

[372] *Ibidem.* Roppo, dopo avere messo in luce l'opinione tradizionale, che effettua una sorta di parallelismo tra il dolo come causa di vizio della volontà e il reato di truffa, essendo le due figure accomunate dall'elemento costitutivo dei raggiri intenzionali, dà conto di quella nuova, fondata sia sulla convinzione che il raggiro è anche un illecito civile, come tale fondato sulla colpa oltre che sul dolo (ma ha qualche perplessità su tale equiparazione poiché «potrebbe … replicarsi che la colpa dell'ingannatore, giudicata sufficiente a suscitare contro di lui il rimedio del risarcimento, potrebbe non ritenersi sufficiente a scatenare il più duro rimedio dell'annullamento»); sia sul disposto dell'art. 1892 c.c. sul contratto di assicurazione, che «dice rilevanti per l'annullamento del contratto di assicurazione, inesattezze e reticenze dell'assicurato dipendenti non soltanto da dolo ma anche da colpa … la norma indica che legare l'annullamento a un inganno solo colposo non ripugna al sistema» (ma *contra* si veda A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria*, cit., 114, per il quale l'art. 1892 c.c. costituisce solo un caso specifico e isolato di attribuzione di rilevanza invalidante alla reticenza). Tali esempi sembrano peraltro insufficienti a giustificare l'estensione del dolo all'inganno colposo limitatamente ai casi in cui uno dei contraenti sia un professionista (*ibidem*): da essi, infatti, sembrerebbe potersi dedurre, semmai, una generalizzata copertura *ex* art. 1439 c.c. dell'inganno colposo. La quale, per le ragioni esposte nel testo, non è però condivisibile.

Si veda, con specifico riferimento alla materia delle pratiche commerciali scorrette, S. Delle Monache, *Pratiche commerciali scorrette, obbligo di informazione, dolo contrattuale*, cit., 114, che, pur concentrandosi poi principalmente sulla tematica del dolo omissivo, rileva in apertura come «ci si chiede, segnatamente, se a dar corpo al dolo come vizio del consenso non possano bastare anche semplici condotte colpose o omissive, capaci di indurre in errore la buona fede altrui. Tematiche, queste, tutt'altro che nuove, com'è risaputo: le quali, tuttavia, assumono una particolare urgenza a proposito delle fattispecie contrattuali in cui rileva, sul piano del diritto, la diversa condizione soggettiva delle parti contraenti».

[373] In tal senso sostiene R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., 70, che «la coscienza e volontà dell'azione ingannatrice preordinata a trarre in errore la vittima perde l'attributo di elemento costitutivo della nozione civilistica di dolo, la quale finisce con l'essere focalizzata attorno alla condotta decettiva generatrice la falsa rappresentazione».

[374] M. Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*», cit., 225 ss., preso atto del fatto che «ci si chiede se costituisca raggiro la colposa induzione in errore», afferma che «a partire dalla premessa – del resto pacifica in dottrina e in giurisprudenza – per cui ad integrare il dolo-vizio sarebbe necessaria la specifica intenzione di ingannare, intesa non solo come consapevolezza della falsità delle rappresentazioni indotte ma, altresì, come convinzione circa l'idoneità di tali rappresentazioni a trarre in inganno la vittima, determinandone il consenso, va da sé che il contegno solo negligente di una parte, le cui erronee affermazioni hanno avuto comunque l'effetto di indurre l'altra a concludere, non costituisce «raggiro» ai sensi degli artt. 1439-1440 e non incide, perciò, sulla validità del contratto».

dell'annullabilità.[375] La mera negligenza, viceversa, potrà semmai dare luogo a responsabilità (pre)contrattuale nella misura in cui essa abbia determinato la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.[376] E potrà condurre a esiti d'invalidità, al più, qualora sia coincisa con una colposa induzione in errore[377] purché, naturalmente, quest'ultimo ricada su uno degli elementi di cui all'art. 1429 c.c..

Nel senso della non equiparabilità dell'inganno colposo al dolo depongono, del resto, anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti che, pur essendosi ripromessi di «togliere il troppo e il vano»[378] delle diverse discipline nazionali, al fine di «enucleare [il] *common core* del diritto dei contratti e delle obbligazioni riferito all'Europa»,[379] hanno però ritenuto di non poter fare a meno della natura intenzionale del dolo.[380]

Con specifico riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette è contraria all'estensione del rimedio dell'annullabilità per dolo all'inganno colposo M. R. Maugeri, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 487, la quale, pur condividendo l'idea di un ampliamento dell'area di operatività del dolo nella materia *de qua* ritiene però che «non sembra … che la nuova disciplina possa incidere sotto il profilo del superamento del requisito dell'intenzionalità nella disciplina sul dolo».

[375] Ciò che giustifica l'atteggiamento più rigoroso che l'ordinamento assume nei confronti del dolo rispetto all'errore (che rileva in caso di dolo anche quando non è essenziale) è l'«immoralità della causa» che ne costituisce il fondamento, ossia, per l'appunto, l'*animus decipiendi*. Sul punto cfr. A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, 420.

[376] Ritiene che il "raggiro colposo" né dia luogo a invalidità ma nemmeno sia del tutto irrilevante per l'ordinamento M. Mantovani, *«Vizi incompleti»*, cit., 227 la quale osserva che tale forma di raggiro «ben potrebbe rilevare sul terreno della responsabilità precontrattuale, specie ove si accolga l'idea, che ravvisa violazione della regola buona fede *ex* art. 1337 c.c. a prescindere dal carattere (non solo intenzionale ma) anche colposo della condotta di uno dei contraenti. Inoltre … la colposa induzione in errore, ove si estrinsechi in un contegno meramente omissivo di uno dei contraenti, unito all'approfittamento della situazione in tal modo creata, potrà assumere rilievo nelle ipotesi in cui, tenuto conto della natura del contratto e della qualità delle parti, sussista un «dovere di informazione», che trova base, appunto, nella regola di buona fede».

[377] Sul tema cfr. M. Mantovani, *«Vizi incompleti»*, cit., 225 e in particolare nt. 115.

[378] Così, riecheggiando Dante, C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*. *Prefazione all'edizione italiana dei principi di diritto europeo dei contratti*, cit. XIV.

[379] Così C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura* Realpolitik *di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*», Europa dir. priv., 2011, 847.

[380] L'Art. 4:107 PDEC rubricato "Dolo" stabilisce che «(1)La parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto. (2) I raggiri o la mancata rivelazione costituiscono dolo quando hanno lo scopo di trarre in inganno».

A tale proposito chiarisce il Commento all'art. 4:107 che «La parte che ha ricevuto informazioni sbagliate dall'altra deve potere annullare il contratto se quest'ultima ha agito con dolo cioè (i) se sapeva che l'informazione data era inesatta, oppure è stata del tutto priva di attenzione in quanto sapeva di non sapere se l'informazione fornita era giusta o no e, (ii) aveva l'intenzione di ingannare, o non ha usato attenzione a riguardo della possibilità che l'altra parte risultasse ingannata». Dunque anche per i PDEC il dolo esige l'*animus decipiendi*, anche nella forma attenuata che potrebbe dirsi del "dolo eventuale" («non ha usato attenzione a riguardo della possibilità che l'altra parte risultasse ingannata»).

Per la diversa ipotesi di informazioni inesatte fornite negligentemente dispone invece l'art. 4:106 che «La parte che ha concluso il contratto fidando su informazioni inesatte dell'altra parte ha diritto al

4.2.1.2. - *Dolus bonus*, dolo omissivo e dolo incidente.

Quanto al secondo profilo enunciato, con cui si è messa in luce la necessità di valutare se l'ingannevolezza di cui al codice del consumo sia in grado di forzare le ristrettezze interpretative dell'art. 1439 c.c., conviene prendere in considerazione separatamente le ipotesi del *dolus bonus* e del dolo omissivo al fine di verificare se, alla luce della disciplina *de qua* possano estendersi anche ad esse le conseguenze invalidanti riconnesse dall'ordinamento al *dolus malus* e commissivo. Quanto al dolo incidente non sembra ricorrano particolari difficoltà interpretative, essendo chiaro il dettato normativo nel senso della sua irrilevanza in termini di invalidità.[381]

---

risarcimento del danno in conformità con l'articolo 4:117 2) e 3) anche quando le informazioni non abbiano cagionato un errore essenziale ai sensi dell'art. 4:103, salvo che la parte che le ha fornite avesse ragione di credere che le informazioni fossero esatte». Il Commento a questo articolo chiarisce che se, da un lato, la informazione inesatta integra un'ipotesi di errore essenziale o di dolo, con conseguente annullabilità del contratto, d'altro lato «anche quando, però, l'aspetto su cui cade l'errore non è essenziale, e anche quando la parte che fornisce informazioni inesatte non è in dolo, la parte che è stata indotta in errore deve potere ottenere tutela in via risarcitoria se l'altra parte ha fornito informazioni inesatte per negligenza».

Il DCFR sembra porsi in continuità con i PDEC in quanto prevede che il dolo debba essere necessariamente intenzionale. E infatti, all'art. II.-7:205, rubricato *Fraud*, dispone che «(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required yhat party to disclose. (2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non disclosure is fraudolenti if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake». Ove invece la parte sia gravata di un obbligo di informazione e non l'osservi, la conseguenza non sarà quella dell'invalidità del contratto, bensì della responsabilità della parte inadempiente. Prevede infatti l'art. II. 3:107 co. 2 che «Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure».

[381] Sia il dolo incidente sia il dolo determinante sono contemplati dalla normativa *de qua* che prevede, all'art. 18 lett. m), che per «decisione di natura commerciale» deve intendersi la 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».

Non si tratta, dunque, solo dell'*an* della stipulazione (dolo determinante) ma altresì del *quomodo* (dolo incidente) di essa, che trovano preciso riscontro negli artt. 1439 e 1440 c.c., con esiti rispettivamente di invalidità e di responsabilità, a seconda del fatto che il comportamento scorretto abbia indotto il consumatore a concludere un contratto che non avrebbe altrimenti concluso, ovvero, semplicemente, un contratto diverso da quello che altrimenti avrebbe concluso.

Sul punto si veda L. Mengoni, *«METUS CAUSAM DANS» E «METUS INCIDENS»*, Riv. dir. comm., 1952, 20 ss., ora in L. Mengoni, *Obbligazioni e negozio. Scritti II*, cit., 547 ss., che osserva come l'art. 1440 sia «una manifestazione ulteriore della tendenza legislativa, segnata in tema di disciplina del dolo dall'art. 1439, comma 2, a limitare il principio dell'efficacia invalidatrice del vizio del volere per favorire il mantenimento del negozio».

Il *dolus bonus*, come noto, consiste nel «complesso di accorgimenti (o insincerità) che sono normalmente tollerati come leciti in rapporto al costume e alla pratica degli affari».[382] Esso si distingue dunque dal *dolus malus*, inteso «come comportamento fondato su un'illecita malizia o sulla frode».[383] A tale distinzione conseguono i già richiamati diversi effetti in termini di annullabilità, giacché il *dolus bonus* è a tal fine considerato irrilevante, laddove il *dolus malus* assurge al rango di vizio della volontà capace di rendere invalido il contratto.

La *ratio* della distinzione è stata a lungo indagata dalla dottrina con esiti divergenti.

Alcuno ha ravvisato il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* nell'intenzione di ingannare (*animus*), mentre altri lo ha indicato nei mezzi usati per ingannare (*machinatio*).[384] Inoltre, mentre l'opinione più risalente riteneva che la valutazione dei suddetti elementi ai fini della configurabilità del dolo dovesse essere effettuata in astratto, vertendo sull'oggettiva idoneità dell'*animus* o della *machinatio* a trarre in inganno, la dottrina più recente ha considerato decisivo l'accertamento dell'inganno effettivo, al di fuori di ogni aprioristica qualificazione di idoneità dell'intenzione o dei mezzi. Concorde con tale ultimo orientamento si è rivelata la giurisprudenza che, in anni non lontani, ha reputato «dannosa l'assunzione di una posizione netta mediante l'identificazione di comportamenti tipici, essendo invece preferibile lasciare al giudice di merito valutare caso per caso quale comportamento sia idoneo a trarre in inganno».[385]

Quel che si può dire, a fronte di tale varietà di opinioni, è che l'originario atteggiamento di tendenziale indifferenza nei confronti delle vanterie caratteristiche del commercio, alimentato per un certo tempo anche dal timore di ostacolare la sicurezza dei traffici,[386] ha cominciato a mutare proprio quando si è acuita la sensibilità nei

---

[382] Così C. A. Funaioli, (voce) *Dolo (diritto civile)*, in Enciclopedia del diritto, Milano 1964, 746.

[383] *Ibidem.*

[384] Dà ampiamente conto delle diverse correnti di pensiero G. Criscuoli, *Il criterio discretivo tra* dolus bonus *e* dolus malus*,* Palermo 1957, che sottolinea, ulteriormente, come all'interno di queste due principali linee interpretative, vi siano le ulteriori distinzioni che egli passa in rassegna.

[385] Cfr. P. Fogliati, Dolus bonus *e* dolus malus*: brevi cenni sui caratteri distintivi*, Giurisprudenza italiana 2002, 728.

[386] In tal senso A. Gentili, (voce) *Dolo*, Enc. giur. Treccani, Milano 1989, 4, il quale osserva che «un dichiarato timore di ostacolare la sicurezza dei traffici ha spinto la letteratura a tenere fuori dalle ipotesi degli artt. 1339 e 1340 il c.d. *dolus bonus,* inteso come l'insieme di accorgimenti, anche maliziosi, normalmente tollerati nella pratica degli affari».

confronti del consumatore, anche in ragione della sempre maggiore aggressività che andava connotando, a suo discapito, la pratica pubblicitaria.[387] Ne sono conseguiti da un lato i ben noti e numerosi interventi del legislatore volti ad imporre obblighi di informazione agli operatori del mercato, che hanno avuto l'effetto di limitare la discrezionalità dei professionisti nella fase di promozione dei loro prodotti; dall'altro la minore nitidezza del confine tra *dolus bonus* e *dolus malus*.[388]

Il maggior rigore che si è imposto nelle pratiche del commercio, a dire di alcuni, avrebbe addirittura reso desueta la distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus*,[389] dovendosi ritenere ormai "di retroguardia" le posizioni «secondo le quali il dolo buono, giacché non adatto a provocare l'induzione in errore della persona mediamente attenta, dev'essere considerato giuridicamente irrilevante stante la sua offensiva decettività».[390] Tale atteggiamento 'innovatore' potrebbe apparire, a tutta prima, avallato proprio dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette la quale, recependo una nozione ampia di ingannevolezza, sembrerebbe legittimare una generale riconducibilità al *dolus malus* di ogni condotta dalla stessa vietata,[391] indipendentemente da un accertamento in merito alla sua *bonitas*. Con conseguente messa in disparte del *dolus bonus* che sarebbe

[387] Per un'ampia trattazione sul tema si veda L. Nivarra, *La pubblicità commerciale*, Manuale di diritto privato europeo, cit., III, 457 ss. (spec. 466 ss.).

[388] Questa conseguenza trae M. Mantovani, *«Vizi incompleti»*, cit., 221, dalla constatazione del profondo mutamento della realtà economica, dominata da un mercato caratterizzato da «crescente complessità, la quale si riflette, a sua volta, in nuove e sempre più sofisticate tecniche di contrattazione, favorite dal susseguirsi, con ritmo incalzante, di messaggi pubblicitari spesso menzogneri o fuorvianti».

[389] Sul punto R. Sacco in Sacco e De Nova, *Il contratto*,[3] in trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino 2004, 570 s. che ritiene che diversamente si avrebbe una regola secondo cui ogni contraente sarebbe libero di speculare sulla mancanza di avvedutezza dell'altra parte.

[390] Dà conto della volontà di superamento dell'opinione tradizionale, manifestandosi d'accordo, R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit. 66, che precisa tuttavia che «la critica rivolta all'interpretazione accreditante l'irrilevanza del c.d. dolo buono non implica che qualsiasi vanteria si elevi a elemento costitutivo dell'illecito qui discusso; in particolare paiono perlopiù prive di rilievo giuridico le affermazioni basate su canoni personali di valutazione insuscettibili di oggettivo riscontro».

[391] Sul punto cfr. le considerazioni di R. Calvo, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, cit., 205 ss., secondo cui «il malcostume imperante nella prassi non può autorizzare il disinteresse del sistema giuridico verso il c.d. dolo buono. Né tale conseguenza sembra suffragabile dal fatto che il descritto risultato sarebbe imposto dalla consolidata benevolenza riservata alle pratiche commerciali esaltatorie, magnificanti all'eccesso le qualità dei beni e servizi offerti al pubblico. Ragionare diversamente significa – come già notato – utilizzare l'immagine dell'uomo di ordinaria accortezza quale schermo generante una zona d'ombra, o uno spazio vuoto di diritto dentro il quale la distanza che separa il sistema dall'«antisistema» è meno ampia rispetto a quanto possa apparire indagando solo in superficie lo stato delle cose».

relegato a ricomprendere «solo le dichiarazioni di opinione su aspetti per natura soggettivi del prodotto».[392]

Ma tale impressione non trova conferma nel momento in cui l'indagine si fa più attenta. A ben vedere, infatti, è la stessa direttiva a escludere dall'ambito della scorrettezza le fattispecie che, nel nostro ordinamento, sono ascrivibili all'area del *dolus bonus*.[393] Per un verso il codice del consumo dispone, all'art. 20 co. 3, che «è fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera»: la quale disposizione appare *tranchant* già di per sé. Per altro verso l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva del consumatore non mediamente avveduto, consente *a contrario* di desumere che le pratiche iperboliche di cui il destinatario mediamente avveduto sia in grado di cogliere l'esagerazione, non siano qualificabili alla stregua di condotte scorrette.[394] In tal senso, del resto, pare ormai consolidata anche in giurisprudenza, l'opinione per cui «le dichiarazioni precontrattuali con le quali una parte cerchi di rappresentare la realtà nel modo più favorevole ai propri interessi non integrano gli estremi del *dolus malus* quando, nel contesto dato, non sia ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare».[395] Con conseguente necessità di valutare anche le «condizioni subiettive» del soggetto ingannato.[396]

---

[392] A. Gentili, (voce) *Dolo*, cit., 5.

[393] Cfr. sul punto G. Bianchi, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova 2002, 684 s., a dire del quale «si tende a limitare la figura del *dolus bonus* ai casi di pratiche commerciali e all'insieme di accorgimenti, anche se maliziosi, generalmente tollerati nella pratica degli affari, normalmente inidonei ad irretire e che per tale motivo, in concreto, non abbiano tratto in inganno il contraente cui erano diretti. In presenza di tali pratiche la normale inidoneità del mezzo non esclude di per sé il dolo vizio, ma fa presumere – salva la prova contraria – la mancanza di un effettivo inganno del cliente. Cioè la distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus* non solo e non tanto riposa sul carattere oggettivo o soggettivo delle circostanze falsamente affermate, quanto piuttosto sul grado di recettività in esse insito.

[394] Sul punto cfr. F. Lucchesi, *Artt. 20-23*, in Codice del Consumo, cit., 46, che osserva come «la normativa che ha recepito la direttiva 2005/29/CE sembra consentire le pratiche commerciali costituite da condotte menzognere ma non idonee a trarre in inganno il consumatore medio «normalmente informato e ragionevolmente avveduto», allineandosi così con l'orientamento tradizionale».

[395] Così Cass. 1 aprile 1996 n. 3001, in NGCC 1997, I, 377 con nota di A. P. Scarso, *Criteri distintivi tra dolus bonus e dolus malus*, Giur. it. 1997, 381 ss.

[396] Trova conferma pertanto l'idea tradizionale per cui il «*dolus bonus*, che non è quindi vero dolo (come comportamento fondato su un'illecita malizia o sulla frode), si ritiene possa esser reciproco e facilmente scopribile colla normale diligenza; non assurge perciò a un inganno vero e proprio, ma va rapportato al rispetto dei doveri generali di correttezza e di buona fede … (cfr. particolarmente art. 1337 e 1175 sul dovere di correttezza nelle trattative precontrattuali), e non è causa di annullamento del negozio, ritenendosi anzi che, altrimenti, si verrebbero troppo a danneggiare il mercato degli affari e la sicurezza dei commerci»: così C.A. Funaioli, (voce) *Dolo*, cit., 746 s. Sul punto cfr. F. Realmonte, *La rilevanza del dolus bonus: un'altra occasione perduta*, in Contratti 1994, 132.

Peraltro, anche qualora la condotta del professionista non assurgesse al rango del *dolus malus*, questo non impedirebbe al consumatore di ottenere tutela: sulla scorta di quanto chiarito in apertura, infatti, egli potrà comunque chiedere al professionista il risarcimento del danno che abbia eventualmente subito a seguito di un comportamento contrario a buona fede.[397]

Il dolo omissivo, al pari del *dolus bonus*, è estraneo, per tradizione, all'area dell'invalidità. E tuttavia anch'esso merita considerazione in questa sede, giacché, ai sensi dell'art. 22 cod. cons., è ritenuta «ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale, e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Atteso che, ai sensi di questa norma, l'omissione di informazioni rilevanti è considerata senz'altro pratica commerciale scorretta, sia essa dolosa o colposa, maliziosa o innocente, sorge spontanea la domanda se, alla luce della disciplina in esame, sia divenuta sufficiente la mera reticenza a rendere annullabile il contratto che ne sia conseguito.

Si tratta del noto problema della rilevanza del dolo omissivo in funzione dell'annullabilità, sul quale, in dottrina, si confrontano due posizioni:[398] una estensiva, più propensa ad assecondare istanze moralizzanti suggerite dalla buona fede e perciò

[397] Sul punto si veda ancora Mantovani, *«Vizi incompleti»*, cit., 224 s., secondo cui «conviene riconoscere che al di qua della soglia del dolo causa di annullabilità, residuano ipotesi pur marginali e – per così dire - «di confine», le quali, se sfuggono alle maglie del giudizio di invalidità, possono talora rilevare sul piano risarcitorio, in ragione del contegno riprovevole di uno dei contraenti alla luce della regola di correttezza, tenuto conto della natura del contratto, della qualità delle parti e delle circostanze che ne hanno accompagnato la conclusione e sempreché – ovviamente – la condotta scorretta sia fonte di pregiudizio per il contraente vittima del «bonario inganno». Ed è proprio all'interno di questa zona grigia che la nozione di «vizio incompleto» e la funzione risarcitoria della responsabilità precontrattuale, ferma la validità del contratto, possono assumere pratico rilievo».

[398] Sul tema si veda da ultimo M. De Poli, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, Riv. dir. civ. 2011, 652 s. che, distinguendo tra una fattispecie di reticenza «povera» e una fattispecie di reticenza «ricca», la prima consistente nell'informazione che si sarebbe dovuta dare e non si è data, la seconda in un silenzio circostanziato da astuzia e malizia, si propone di capire «se fattispecie "povera" e fattispecie "ricca" ricevano lo stesso trattamento».

favorevole ad estendere anche alla mera reticenza il rimedio dell'annullabilità;[399] l'altra, più conservatrice, restia a un simile ampliamento, sulla scorta di una interpretazione di stretto diritto dell'art.1439.[400] Anche quest'ultima, peraltro, riconosce ormai da tempo l'effetto invalidante dell'omissione là dove essa sia in grado di integrare i raggiri necessari a che dolo vi sia. Consolidato è del resto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà, tuttavia esso rileva solo quando l'inerzia della parte contraente s'inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito: pertanto il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto».[401]

Allo stato, dunque, mentre non residua nessun dubbio che l'omissione intenzionale sia da considerarsi ricompresa nel dolo, permangono alcune perplessità sulla "mera reticenza" (il silenzio non circostanziato), che, come già si è riferito, alcuni vorrebbero qualificare vizio della volontà al pari del dolo, altri mero comportamento, al più rilevante come violazione di regole di condotta imposte dalla buona fede e perciò foriera di responsabilità.

Nel valutare la preferibilità dell'uno o dell'altro dei richiamati orientamenti non può trascurarsi che l'accresciuto valore dell'informazione, manifestatosi progressivamente in una miriade di obblighi di trasparenza nei confronti di controparti contrattuali considerate più deboli, ha certamente mutato gli scenari pregressi. Se,

[399] La tesi si inserisce in un più ampio movimento finalizzato ad ampliare l'area di applicabilità dell'annullamento per dolo, la quale trova in Sacco uno dei suoi principali sostenitori. Sul punto egli arriva a ritenere [in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit. 555-556] che «qualsiasi comportamento umano, il quale induca altri in errore, può costituire l'elemento oggettivo del raggiro, purché l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere. Solo in questa antidoverosità del comportamento menzognero è ravvisabile la tipicità della condotta di cui all'art. 1439 c.c.».

[400] È la tesi di A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., riproposta anche in tempi meno remoti dallo stesso A., (voce) *Dolo*, in *Noviss. Digesto it.*, VI Torino, 1960, 153, il quale ritiene che il dolo possa essere integrato non certo dal mero tacere, ma, al più, dall'attività del *celare*, che comporta un «artificio negativo» e come tale non si discosta dal raggiro necessario per l'integrazione dello schema del dolo.

[401] Così Cass. 31 maggio 2010, n. 13231. In termini analoghi anche Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295 e Cass. 18 ottobre 1991, n. 11038. Prosegue la sentenza citata nel testo che «la reticenza ed il silenzio quindi non sono sufficienti a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del "*deceptus*", che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito». In senso analogo Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104.

infatti, la concezione tradizionale del dolo si basava sul principio *caveat emptor*, per cui «ciascuna delle parti deve tutelare i propri interessi, soprattutto con la più completa possibile informazione [per il che] se taluno confida[…] in un maggior scrupolo dell'altra parte *imputet sibi*»,[402] oggi al contrario, il principio dell'affidamento regna sovrano, imponendo, per il tramite della buona fede, svariati obblighi di protezione e di informazione[403] a carico di una parte nei confronti dell'altra.[404] Questa tendenza, come si è messo in luce, trova riscontro nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette che, *ex* art. 22 cod. cons. impone al professionista di non omettere informazioni di cui il consumatore potrebbe necessitare per operare la propria scelta.

Cionondimeno, tale mutato scenario non sembra sufficiente a legittimare un allargamento dei confini del dolo, fino a ricomprendervi qualunque forma di reticenza.[405] Esso, infatti, resta pur sempre caratterizzato dall'elemento costitutivo del

---

[402] Così Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi della volontà*, cit., 493, che chiarisce altresì come «finché il meccanismo contrattuale resta quello che è, non si arriverà all'annullamento, come regola generale, per la semplice violazione della fiducia che una parte abbia nell'onestà dell'altra, e perché questa non abbia sufficientemente illuminato la prima sulla portata e sul contenuto delle clausole contrattuali».

[403] Osserva G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti,* Padova 1972 che «se la reticenza è venuta progressivamente acquistando carattere di illiceitàciò è dovuto alla esigenza vieppiù sentita di imporre a carico dei contraenti una serie di obblighi di informazione soprattutto laddove la necessità di speditezza della contrattazione o impossibilità di effettuare certi controlli pone ciascuno dei contraenti alla mercé dell'altro» (*op. cit*., 96).

[404] Il che, inoltre, consente di arginare l'incertezza del diritto che ha costituito una delle cause principali della esclusione dell'omissione dal terreno dell'annullabilità *ex* art. 1439 c.c. Nel dar conto delle ragioni della chiusura ad ammettere che il dolo omissivo integri un vizio della volontà, E. Ferrante, *Il dolo omissivo nella giurisprudenza: fine dell'esilio?*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 325 s., fa notare come «mentre la condotta attiva accade storicamente nella sua singolarità e puntuatività, sicché *a posteriori* non resta che raffrontarla col paradigma legale per soppesarne l'impatto ingannatorio, il flusso di notizie che una parte dovrebbe lasciar scorrere a favore dell'altra, perché non se ne possa lamentare un giorno l'occultamento, non è predeterminabile con certezza, neppure ad opera di colui che volontariamente tace. Anche la reticenza è condotta singola e puntuativa, ma poiché la sua rilevanza ai fini di specie dipende dal censimento dei fatti, nozioni o ragguagli nascosti, e questi sfuggono ad un'elencazione rigida e preventiva, in capo alla parte silenziosa diviene quanto mai disagevole pronosticare le conseguenze della propria inattività. Emerge dunque un problema di certezza delle situazioni e, dunque, di certezza del diritto».

[405] Sul punto si veda altresì la riflessione condotta da A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria*: *quale tutela per gli investitori delusi?*, cit., 114. L'Autore, dando per presupposto che «il silenzio consente … di annullare il contratto solo quando si inserisce in un comportamento più complesso, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a indurre in errore», ritiene che «il tentativo compiuto da una parte della dottrina di accreditare il dolo omissivo, come causa di annullamento del contratto … appare in contrasto con le scelte del nostro ordinamento che attribuisce rilevanza invalidante alla reticenza soltanto in casi specifici espressamente previsti dalla legge». Nell'analizzare, a conferma di ciò, l'art. 8 della legge 6 maggio 2004, n. 129, che fa conseguire l'annullamento del contratto, alle *false* informazioni rilasciate da una parte a quell'altra, osserva che «la previsione in esame, non contemplando l'ipotesi in cui l'informazione sia semplicemente mancata, sarebbe difficilmente spiegabile in un contesto normativo nel quale la mera reticenza fosse invece causa di annullamento del contratto, dato che in tal caso finirebbe per configurare una inspiegabile restrizione

raggiro che, come già sottolineato, presuppone l'*animus decipiendi*, si concretizzi esso in una azione o in una omissione. Ne consegue che se la condotta omissiva sia stata premeditata, e perciò tale da integrare il suddetto requisito, essa, oltre a costituire pratica commerciale scorretta *ex* art. 22 cod. cons., darà luogo ad annullabilità *ex* art. 1439. Se viceversa il silenzio non sia circostanziato, e si risolva pertanto in una mera reticenza, l'esito di annullabilità non sarà praticabile, residuando, per l'ipotesi di danno, la sola responsabilità.

Il problema del dolo omissivo si rivela dunque, a ben vedere, intimamente connesso con quello del dolo colposo, per il che la valutazione della sua rilevanza ai fini dell'annullabilità, presuppone la soluzione della questione se possa essere sanzionato con il rimedio dell'invalidità il comportamento negligente. Ma poiché già si è chiarito che il dolo colposo costituisce una "contraddizione in termini", ne deriva che anche il dolo omissivo, *sub specie* di silenzio non determinato dal malizioso intento di deviare l'altrui volontà, deve ritenersi estraneo all'area di applicabilità dell'art. 1439.

A conferma di queste brevi considerazioni basti richiamare, anche in questa sede, la regola dei Principi di diritto europeo dei contratti prevista all'art. 4:107: «(1) La parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto. (2) I raggiri o la mancata rivelazione costituiscono dolo quando hanno lo scopo di trarre in inganno».

Tale conclusione conferma come anche l'orientamento che può dirsi più attendibilmente europeo resti, sul punto, nel solco della tradizione, che ha ammesso la rilevanza del dolo omissivo soltanto ove esso sia in grado di integrare i raggiri di cui al nostro art. 1439 c.c., in quanto connotato dall'*animus decipiendi.*

4.2.2. - Pratiche commerciali aggressive e violenza.

Passando dalle pratiche ingannevoli a quelle aggressive, va rammentato innanzitutto il disposto dell'art. 24 cod. cons., ai sensi del quale «è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il

della tutela riconosciuta all'affiliato rispetto alla generalità dei contraenti, in contrasto con le stesse finalità di trasparenza e di protezione che essa persegue».

ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Come le pratiche commerciali ingannevoli sono state in grado di evocare il dolo quale causa di annullamento del contratto, le pratiche commerciali aggressive inducono a pensare alla violenza nella sua qualità di minaccia funzionale a estorcere il consenso di controparte alla conclusione del contratto (cfr. artt. 1434 ss. c.c.). Si tratta naturalmente della *vis compulsiva*, unica idonea a consentire l'annullamento, giacché la *vis absoluta*, che addirittura dà corso alla nullità del contratto per radicale assenza dell'accordo, seppur astrattamente evocata dall'indicazione del ricorso alla forza fisica di cui all'art. 24 cod. cons., tra i casi di aggressività, pare difficile da immaginare in concreto.[406]

A ben vedere, peraltro, anche i requisiti della violenza come delineata dal codice civile sembrano distanti dai comportamenti aggressivi prospettati dalla direttiva 2005/29/CE: in particolare non sembra consentito rintracciare, in questi ultimi, la minaccia nel senso in cui essa è intesa dall'art. 1434 c.c. quale elemento necessario ad integrare la violenza. Se, infatti, essa consiste nella prospettazione credibile di un male esterno al contratto, notevole e ingiusto,[407] la si potrà ritrovare, al più, in quelle sole condotte aggressive (tratteggiate in via esemplificativa dall'art. 25 cod. cons.), consistenti «b) [nel] ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) [nel]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».

Gli estremi della violenza non saranno invece ravvisabili nelle condotte aggressive (anch'esse individuate dall'art. 25) consistenti in «d) 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; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente

[406] Si pensi al caso del venditore porta a porta che non abbandona la casa del consumatore anche se invitato a farlo, o viceversa a colui che, si introduce in casa usando la "forza fisica" nonostante il parere contrario del consumatore che vi abita.

[407] Sul punto V. Roppo, *Il contratto*, cit., 826 ss.

temeraria o infondata»; e ciò perché trattasi di condotte che intervengono in corso di esecuzione, e dunque in un momento successivo rispetto a quello della formazione della volontà, rispetto al quale soltanto può valutarsi se essa sia o meno viziata.

È piuttosto evidente, pertanto, la difficoltà di ricondurre alla violenza come vizio della volontà molte delle condotte qualificate dalla direttiva come pratiche commerciali aggressive.[408] Resta peraltro la loro rilevanza in termini di condotte contrarie alla buone fede, come tali suscettibili di essere sanzionate mediante il rimedio del risarcimento del danno contrattuale.

4.3. – Conclusioni : invalidità e responsabilità.

È facile rendersi conto, alla luce di quanto esposto, della difficoltà di giungere a soluzioni univoche e soddisfacenti in termini di invalidità, data la difficoltà di far combaciare le molteplici sfaccettature della disciplina in esame con i rimedi tradizionali previsti dal nostro ordinamento: non esiste, in altre parole, per una ragione o per l'altra,

[408] Agevole è prendere atto di questa difficoltà se si passano in rassegna le diverse condotte tipizzate nella lista nera delle pratiche in ogni caso aggressive di cui all'art. 26 cod. cons. La maggior parte di esse, infatti, non contempla come elemento costitutivo la minaccia, né d'altro canto, è riferibile al dolo, giusta la mancanza degli inganni e dei raggiri, necessari perché sussista tale ultimo vizio della volontà.

Per alcuni esempi di pratiche in ogni caso aggressive non riconducibili alla violenza si pensi alle condotte consistenti nel: «a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale; c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali».

A ben vedere l'unica tra le condotte tipizzate dall'art. 26 cod. cons., a contenere il requisito della minaccia è quella di cui alla lettera g) che sancisce l'aggressività del comportamento di chi «informa[re] esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista». E tuttavia anche questa condotta, pur minacciosa, fuoriesce dai limiti dettati in particolare dal combinato disposto degli artt. 1435, secondo cui «la violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole… » e 1436, secondo cui «la violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o di un ascendente di lui. Se il male minacciato riguarda altre persone l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice». Risulta evidente come il caso di cui alla lettera g) dell'art. 26 cod. cons., fuoriesca da tali previsioni, giacché, pur essendovi minaccia di un pericolo notevole e ingiusto, esso non riguarda la persona del contraente o un suo familiare, bensì lo stesso professionista.

alcuna corrispondenza biunivoca tra i rimedi invalidanti della nullità e dell'invalidità e le condotte scorrette contemplate dal codice del consumo.[409]

Mentre la nullità si rivela inidonea a sanzionare la violazione di regole di condotta, quali quelle dettate dalla direttiva, le categorie tradizionali del dolo e della violenza presentano troppi limiti per poter essere generalmente applicate ai comportamenti integrativi di pratiche commerciali scorrette. Né sembra legittimo modificarne i connotati in via interpretativa, in assenza di alcuna previsione legislativa in tal senso, al fine di ricomprendervi tutte le condotte vietate dalla direttiva.

Stando così le cose, all'invalidità nelle forme della nullità e dell'annullabilità potrà ricorrersi solo allorquando sussistano, nel caso concreto di volta in volta esaminato, i presupposti di cui al diritto privato tradizionale che, se per un verso avrebbe potuto cedere il passo a soluzioni nuove, e per di più condivise a livello europeo, per altro verso, non ci è dato di accantonare in assenza di espresse previsioni innovatrici che legittimino a farlo.

Alla luce di ciò, nelle ipotesi in cui la condotta scorretta non sia in grado di conseguire l'effetto invalidante del contratto, non dando vita a vizio della volontà, sarà pur sempre consentito al contraente danneggiato il ricorso alla responsabilità contrattuale, nei termini in cui tale opzione è stata tratteggiata nelle pagine introduttive di questo capitolo.

5. - Le analoghe difficoltà del diritto inglese.

Una via specifica per rimediare alla scorrettezza delle condotte vietate dalla direttiva 2005/29/CE è oggi in corso di elaborazione in Gran Bretagna, dove pure si è avvertita la necessità[410] di rintracciare un rimedio per far fronte alle condotte

[409] Al punto che, come già messo in evidenza, si è ritenuta da più parti auspicabile una «lettura evolutiva del diritto interno»: diversamente si avrebbe che «l'intervento normativo moralizza forse il mercato ma non il rapporto. Resta un'iniziativa platonica, se non ipocrita, in cui, se i pubblici poteri non intervengono, il consumatore che si sbandierava di voler difendere rimane del tutto indifeso e impossibilitato a difendersi da sé»: A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 60. Della stessa idea è C. Camardi, *op. cit.,* che parla di «atteggiamento rinunciatario» del legislatore italiano al quale «restava la facoltà di intervenire o di non intervenire sulla disciplina generale del contratto nel quadro di una possibile rinnovata tutela individuale del consumatore».

[410] Sul punto si veda H. Collins, *Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices*, cit., 114 ss., il quale riferisce che «*the Regulations are silent on the question whether individual consumers may obtain any private right of redress against a trader who commits an unfair commercial practice … two question need to be considered: might the Regulations nevertheless*

ingannevoli e aggressive che il professionista ponga in essere a detrimento del consumatore.

Ciò stupisce in quanto, come noto, il diritto inglese è da sempre restio a riconoscere una qualche valenza alla buona fede come principio regolatore dei rapporti tra parti che si accingono a concludere un contratto:[411] al punto che è stata definita addirittura "ripugnante" l'idea di un obbligo di condurre in buona fede le trattative precontrattuali.[412] E tuttavia, nel momento in cui il *common law* dovesse aprirsi al riconoscimento di un'azione volta a ristorare i danni conseguenti a pratiche commerciali scorrette, o comunque a eliminare le conseguenze negative che esse possano avere prodotto nella sfera giuridica del consumatore, un altro[413] passo potrebbe ritenersi compiuto verso il superamento della pur perdurante chiusura nei confronti della buona fede.

Ancor più significativamente, la normativa di origine europea che si è esaminata in queste pagine, pone la buona fede a fondamento di una serie di condotte cui il professionista è tenuto nei confronti del consumatore, molte delle quali si situano in una fase antecedente alla stipulazione, essendo dirette a condizionare indebitamente le scelte di acquisto: riconoscere ai consumatori un rimedio da esperire a fronte di tali comportamenti comporterebbe una significativa apertura nei confronti della buona fede precontrattuale anche da parte del *common law* tradizionalmente restio ad attribuirle valore. A questo proposito si è, infatti, ammesso che «*the existing common law is*

---

have some effects on private law; and should the UK government introduce private right of redress for individual consumers?»

[411] Sul punto cfr. H. Beale, *The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization*, ERPL 2010, 516 ss. e altresì J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, ERPL 2009, 170 ss. Pur prendendo atto della chiusura del *common law* alla buona fede O. Lando, *Is good faith an over-arching general clause in the principles of European contract law?*, ERPL 2007, 841, le attribuisce il ruolo di principio commune all'Europa, dale origini ai più recenti approdi dottrinali volti all'elaborazione di un diritto uniforme. Sulla

[412] L'espressione è di Lord Ackner che, nel celebre caso *Walford vs. Miles* (1992) 2 AC 128, ha dichiarato che «*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations*». Sulla buona fede nel *common law* si veda in particolare E. McKendrick, *La buona fede tra common law e diritto europeo*, in Manuale di diritto privato europeo, cit. 715 ss..

[413] Primo significativo passo avanti dal punto di vista legislativo è considerato l'atto – peraltro dovuto – di recepimento della direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive. Sul punto cfr. E. McKendrick, *La buona fede tra* common law *e diritto europeo,* in Manuale di diritto privato europeo cit., 715 ss.. Osserva l'Autore (*op. cit.,* 716) che «come noto, il diritto contrattuale inglese attualmente non considera la buona fede e la correttezza tra i propri principi generali … tuttavia la direttiva 93/13 sulle clausole abusive, la quale fa riferimento alla buona fede, ha costretto la giurisprudenza inglese a far uso di tale categoria. Ora la questione che nasce è se il ricorso alla buona fede in tale contesto non possa essere esteso ad altri. In poche parole, è possibile chiudere la buona fede in un recinto?».

cautious in providing compensation for actions during pre-contractual negotiations. It does not accept a general duty to bargain in good faith or with professional diligence and it imposes few duties of disclosure of information of businesses. A private right of redress might introduce some significant changes».[414]

L'esame dei progressi in corso nel diritto inglese in *subjecta materia* per un verso sarà in grado di mostrare i pur lenti passi avanti che al di là della Manica si stanno compiendo in questa direzione, sulla scorta dell'ondata moralizzatrice promanante dalla legislazione europea, per altro verso offrirà uno spunto all'ordinamento italiano per l'elaborazione di uno specifico rimedio esperibile dal consumatore nella materia *de qua*.

5.1. - Verso la revisione del diritto privato: un nuovo *right of redress*.

Il tema è stato profusamente trattato dalla *Law Commission* in un recente *Consultation Paper*.[415] Spunto per tale analisi è stato fornito dalla considerazione, sollecitata dalle associazioni dei consumatori, dell'urgenza di elaborare un *right of redress ad hoc* per le vittime delle condotte vietate dalla direttiva 2005/29/CE.

Ciò in quanto, per un verso la disciplina della *misrepresentation*, che pure sarebbe idonea a coprire talune fattispecie di pratiche commerciali scorrette (in particolare quelle ingannevoli, c.d. *misleading practices*), necessiterebbe a tal uopo di radicale semplificazione, essendo, allo stato, troppo articolata per rappresentare un rimedio rapido ed effettivo a tutela del consumatore;[416] per altro verso vi sono fattispecie di pratiche commerciali scorrette (in particolare le *aggressive practices*), che non sarebbero coperte da alcun rimedio di diritto privato, onde i consumatori che subissero delle perdite a seguito di esse, sarebbero privi dei necessari mezzi di reazione.[417] Se simili problemi, come si è visto, sono avvertiti anche nel nostro ordinamento, il *common law* si trova però nell'ulteriore difficoltà di non conoscere alcuna regola analoga al nostro art. 1337 c.c., che riconosce quanto meno un diritto al

[414] Così H. Collins, *Harmonization by Examples*, cit., 115.

[415] The Law Commission, Consultation Paper n. 199 and The Scottish Law Commission, Discussion Paper n. 149, *Consumer redress for misleading and aggressive practices*, reperibile sul sito *www.lawcom.gov.uk.* Il *final report* è atteso per la primavera del 2012.

[416] Cfr. Law Commission, *Consumer Redress*, cit., 136 ss.

[417] Si tratta di considerazioni dapprima sinteticamente esposte nello *short paper* del Febbraio 2010 (disponibile sul sito *www.lawcom.gov.uk*) e successivamente approfondite nel già citato *consultation paper* pubblicato sul sito internet della *Law Commission* nel maggio 2011.

risarcimento a fronte di comportamenti contrari alla buona fede, anche ove posti in essere in un momento antecedente alla conclusione del contratto.[418]

In epoca recente si è sviluppata, invero, una *doctrine* che consente di esperire un'azione (*in tort*) per il risarcimento del danno a seguito di affermazioni non veritiere provenienti dal soggetto tenuto a un *duty of care* nei confronti del destinatario delle stesse informazioni. In occasione del celebre caso *Hedley Byrne*,[419] in particolare, la House of Lords ha riconosciuto che una *negligent misrepresentation* può far sorgere la responsabilità là dove le parti siano legate da una *special relationship*,[420] fondata sull'esistenza di un'*assumption of responsibility* dell'una nei confronti dell'altra.

Tale soluzione, peraltro, è ritenuta inadeguata dalla Law Commission ad offrire tutela al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, in quanto «*beyond the threshold question of whether a duty of care is owed to the consumer, a trader will only be liable if the consumer also shows breach of that duty of care, and loss. Consumers may find difficult to show negligence, as typically only the trader knows why things went wrong*».[421]

Il quadro che brevemente si è tratteggiato, in ragione dei vuoti di tutela esistenti nel diritto inglese, giustifica le preoccupazioni dei giuristi d'oltre Manica. Esse, a ben vedere, non sembrano poi così lontane da quelle che turbano l'interprete italiano il quale, se sotto il profilo del rimedio risarcitorio ha appigli più sicuri, riguardo alla ricerca di un rimedio invalidante non è in grado di trovare, al pari di quello inglese, una soluzione valevole per tutte le ipotesi di pratica commerciale scorretta. Elemento comune ai due ordinamenti è, dunque, la consapevolezza dell'insufficienza del diritto privato tradizionale a fornire adeguati e uniformi rimedi verso le condotte che la direttiva 2005/29/CE ha inteso vietare.

---

[418] Negli ultimi anni, vi è stata un'apertura in questa direzione da parte della giurisprudenza che, con il caso che già si è richiamato, *Walford* v. *Miles*, ha riconosciuto valore vincolante alle informazioni rilasciate in una fase antecedente a quella dell'*agreement.* E tuttavia, lo ha fatto senza riconoscere espressamente, anzi espressamente disconoscendo il ruolo della buona fede che nell'ordinamento inglese è priva di alcun valore.

[419] *Hedley Byrne & C. Ltd. v. Heller & Partners Ltd*, [1963] 2 All ER 575.

[420] Tale *special relationships* - ravvisata dalla *House of Lords* nel *leading case Hedley Byrne* – che nel diritto inglese dà luogo a responsabilità extracontrattuale, è stata equiparata ad un rapporto obbligatorio (pur se non scaturente da contratto), da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 33 s e 548 s..

[421] Cfr. Law Commission, *Consumer Right of redress*, cit., 64 ss.

5.1.1. - Pratiche commerciali ingannevoli: *misrepresentation.*

Dagli studi recenti compiuti dalla *Law Commission* emerge, invero, che anche nel diritto inglese (così come in quello italiano) i rimedi avverso le *misleading actions* e *omissions*, e altresì avverso le *aggressive practices* sembrerebbero, almeno a prima vista, potersi facilmente rintracciare nel diritto privato tradizionale.[422] Il quale parrebbe offrire, addirittura, una vasta gamma di soluzioni al consumatore danneggiato dalla pratica commerciale scorretta. In questo senso, ha osservato la *Law Commission* con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli, sono astrattamente percorribili plurime vie "*under the current law*".

Lo strumento maggiormente idoneo a soccorrere il consumatore danneggiato dalla condotta ingannevole del professionista sembrerebbe, di primo acchito, la già richiamata *misrepresentation* nelle sue diverse forme: la *fraudolent misrepresentation*; [423] la *negligent misrepresentation at common law* [424] e *under statute*; [425] l'*innocent misrepresentation*. [426] Tale ampio ventaglio di possibilità

[422] Cfr. *supra*, §§ 4.1 e 4.2 dove si era osservato come, ad un primo sguardo, l'ingannevolezza e l'aggressività delle pratiche commerciali avrebbero potuto trovare un comodo rimedio invalidante nell'annullabilità, rispettivamente per dolo o per violenza. Ma al di là di questa prima e superficiale impressione si è poi constatato, mediante una verifica più capillare, che non vi è corrispondenza tra l'ambito di applicabilità della direttiva 2005/29/CE e la disciplina civilistica di diritto italiano relativa ai vizi del volere.

[423] Fondata sul *leading case Derry* v *Peek* [(1889) 14 App. Cass 337], la *fraudolent misrepresentation* consiste in una falsa rappresentazione della realtà (di un fatto) consapevole (ossia resa conoscendo la falsità della propria affermazione) o sconsiderata (ossia resa senza curarsi se l'affermazione sia vera o falsa), *knowingly* and *recklessly*, e consente alla vittima di avvalersi della gamma completa dei rimedi, compreso il risarcimento del danno.

[424] Si tratta di una falsa rappresentazione della realtà fatta negligentemente, senza sufficienti conoscenze per sapere se quanto riferito sia vero o meno. Essa consente al *deceptus* di ottenere il risarcimento dei danni solo a condizione che sussista, in capo al *deceptor*, un dovere di protezione (c.d. "*duty of care*"). Il primo caso in cui è stato riconosciuto che una *negligent misrepresentation* avrebbe potuto dare luogo a un'azione di danni, a condizione che le parti si trovassero in una *special relationship*, è stato il già richiamato *Hedley Byrne* v. *Heller*,. A questo proposito osserva la *Law Commission,* Consumer redress for misleading and aggressive practices, Consultation Paper n. 199/2011, 64, che «whereas the courts have been cautious not to take liability too far, negligence at common law has the advantage that it can apply to a wide range of non-contractual relationships. The disadvantage is that it's purely based on case law which relies on vague concepts like "assumption of responsibility", "proximity " and the ultimate catch all phrase of what is "fair, just and reasonable". These concepts are continously evolving, so its scope is uncertain».

[425] Si tratta della previsione di specifici rimedi da parte di determinati *statues*, applicabili però soltanto se le parti abbiano concluso un contratto. Il riferimento è in particolare al *Misrepresentation Act* 1967, section 2(1), che legittima la richiesta del risarcimento del danno «notwithstanding that misrepresentation was not made fraudulently»; e altresì allo scozzese *Law reform (Miscellaneous provisions) (Scotland) Act 1985, section* 10, che ha riformato il diritto precedente là dove, sulla scorta dello storico precedente *Manners* v. *Whitehead* negava alla vittima di *misrepresentation* un rimedio contro il *deceptor*, se non nelle ipotesi in cui esso avesse agito dolosamente.

[426] Si tratta della forma più tenue di *misrepresentation* che ricorre quando uno '*statement'*, pur essendo stato espresso con ragionevole prudenza e attenzione, si rivela poi falso, e così attribuisce al

riecheggia quello che si è passato in rassegna esaminando l'applicabilità, in questa materia, del rimedio del dolo nelle sue diverse forme.[427] Dolo e *misrepresentation*, infatti, pur nelle rispettive caratterizzazioni e reciproche differenze, appaiono di primo acchito rimedi ideali, giacché giustificati dall'inganno e dal raggiro (*fraud*) che costituiscono il tratto caratterizzante anche delle pratiche commerciali sleali.

E tuttavia, come il dolo, anche la *misrepresentation*, se guardata più da vicino, si allontana progressivamente da quell'apparenza di perfetto *escamotage* che a un primo sguardo era parsa rappresentare. Ciò, principalmente, per tre ordini di problemi: l'incertezza relativa alla stessa definizione di *misrepresentation*, rispetto alla quale si auspicherebbe una maggior chiarezza, in relazione soprattutto all'individuazione delle condotte che sono comprese nel suo ambito di applicabilità; la difficoltà relativa alla prova sia della colpa del professionista, sia del nesso causale tra la sua condotta e il

---

destinatario dello *statement*, che abbia concluso il contratto sulla base di quella dichiarazione, di chiederne la risoluzione, i cui effetti sono così descritti dalla *Law Commission*, Consumer redress for misleading and aggressive practices, cit., 68: «when the contract is "rescinded" both parties are released from their obligations both retrospectively and prospectively. The aim is to restore the parties to their position as if the contract had never exist».

Diversamente dal diritto inglese e da quello gallese, il diritto scozzese riconduce la *innocent misrepresentation* a una ipotesi di errore.

[427] Si veda sul punto E. McKendrick, *Contract Law*, Oxford 2005, 659, il quale spiega che «*a misrepresentation can be defined as an unambiguous false statement of fact which is addressed to the party misled and which induces that party to enter into a contract*». Dagli ulteriori chiarimenti che l'Autore offre in merito alla categoria siamo in grado di comprendere come essa, al pari del dolo di diritto continentale, debba consistere in una condotta attiva (o commissiva): e ciò in quanto «*the requirement that the misrepresentation take the form of a 'statement' draws attention to the fact that there must be some positive conduct on the part of the representor. A mere fail to disclose information will not, as a general rule, give rise to an action for misrepresentation*». Sembra dunque che anche per il diritto inglese la regola generale sia quella per cui rileva soltanto la condotta commissiva ai fini dell'annullamento, restando priva di conseguenze invalidanti quella che consista in una mera omissione.

Un'altra analogia che sembrerebbe ricorrere tra la categoria nostrana del dolo e quella della *misrepresentation* riguarda il fatto che quest'ultima debba essere 'material', ove «*a material statement is one that would affect the mind of a reasonable person in deciding whether or not to enter in a contract … where the misrepresentation is of such a nature that it would have induced a reasonable person to enter into the contract then the court will presume that it did induce the representee to enter into the contract and the onus of proof then switches to the party who made the statement to show that the representee did not in fact rely on the representation in entering into contract*». Si tratta del valore attribuito all'attendibilità dell'affermazione agli occhi della persona mediamente avveduta, la cui sussistenza o meno, abbiamo visto sorreggere, anche nel il nostro ordinamento la distinzione modernamente intesa tra *dolus bonus* e *dolus malus*.

L'esistenza di queste distinzioni anche in *common law* rende aperti negli ordinamenti che ad esso si rifanno, gli interrogativi che si sono messi in luce con riferimento al nostro diritto nell'esaminare la compatibilità tra la disciplina del dolo e quella dei vizi della volontà. Ma, come ci si accinge a dar conto nel testo, i problemi del *common law* non sono soltanto questi.

danno subito dal consumatore; e infine la eccessiva facilità con cui viene negata dai giudici la *rescission*, in caso di *misrerpresentation*.[428]

Tali difficoltà, ritiene la *law Commission*, sono da attribuirsi al fatto che il *common law* non si è sviluppato avendo in mente il consumatore, ma prevalentemente il professionista, che è dotato di maggiori mezzi per affrontare gli ingenti costi dei giudizi e gli oneri probatori che la legge gli impone. Questo fa sì che molto spesso i rimedi offerti dal diritto vigente si rivelino inadatti al consumatore, il quale sarà, dunque, disincentivato ad azionare le proprie pretese.[429]

Da qui l'intento di riforma mediante un nuovo *statute* «*intended to provide a clear simple and straightforward route to redress compared to the tortuous paths provided under current law. Whereas we do not propose to bar a consumer from resorting to the general law, we anticipate that consumer will opt to pursue the simpler remedy. This does not mean that consumers could obtain double recovery for the same loss. To that extent, a consumer would have to choose between the consumer-focused remedies under the new Act, or instead pursue the remedies under the general law*».[430]

Anche rispetto alle pratiche consistenti in condotte omissive la *Law Commission* manifesta l'intendimento di introdurre alcuni cambiamenti mediante lo *statute* in corso di elaborazione. E ciò in quanto la disciplina delle pratiche commerciali scorrette attribuisce all'omissione un rilievo che nel *common law* essa non ha mai avuto, giacché, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge, o di quelle in cui si è ritenuto sussistente un obbligo di informazione in ragione della posizione di garanzia assunta da una parte nei confronti dell'altra, «*the rule in English law has long been that there is no general duty to make disclosures during contractual negotiations, subject to certain exceptions. This means that the fact that a trader omitted to inform the consumer of material facts does not usually give rise to a cause of action*».[431]

Il progetto di riforma sembrerebbe voler introdurre, invece, un rimedio unitario valevole sia per le pratiche commissive che per quelle omissive, senza però tralasciare di prevedere alcune aree di immunità per il professionista. In tal senso, ipotizza la *Law*

[428] Sul punto si vedano le più ampie riflessioni operate dalla *Law Commission*, Right of Redress, cit., 136 ss.

[429] *Law Commission*, Consumer redress, cit., 135.

[430] *Law Commission*, Consumer redress, cit., 170.

[431] *Law Commission*, A private right of redress for unfair commercial practices? Preliminary advice to the department for Business, Enterprise and Regulatory Reform on the issues raised, November 2008, 15, pubblicato sul sito *www.lawcom.gov.uk.*

Commission, «*an aggrieved consumer could be given a right of action: 1) only if they could show that the trader was aware of the omitted information; 2) only if they could show that the trader should have been aware of the omitted information; 3) not if the trader were able to show a due diligence defence; or (4) in all circumstances, irrespective of the trader's knowledge (strict liability). Strict liability would appear overly harsh. It would mean that agents would be liable for failing to inform purchaser of facts of which they were not aware. On the other hand, it may be difficult for a consumer to prove actual knowledge*».[432]

5.1.2. - Pratiche commerciali aggressive: *duress* e *undue influence.*

Né minori problemi si pongono con riferimento alle pratiche commerciali aggressive a fronte delle quali i rimedi offerti dal diritto inglese sono *duress* e *undue influence*. La prima, vicina alla violenza di *civil law*, consiste nella situazione in cui si viene a trovare chi sia indotto a concludere il contratto mediante pressioni o minacce perpetrate dalla controparte: essa secondo una definizione che ne è stata offerta di recente dalla giurisprudenza inglese, «*deflects without destroying, the will of one of the contracting parties*».[433]

La seconda, meno facile da rapportare alle categorie nostrane, e da delineare con precisione da parte dello stesso *common law*,[434] è una *doctrine,* ispirata da ragioni di equità*,* che consente di privare il contratto dei suoi effetti in presenza di indebite pressioni esercitate da una parte sull'altra. L'operatività dell'istituto, difficile da declinare in precise e uniformi regole, è descritta dagli stessi manuali di *contract law* mediante l'ausilio dei casi decisi dalle corti.[435]

Sembra in ogni caso che gli elementi caratterizzanti tale forma rimediale siano rintracciabili nell'esistenza di una relazione di fiducia o confidenza tra le parti, che consente a quella più forte di trarre vantaggio dall'approfittamento della debolezza dell'altra, che nella prima ha riposto il proprio affidamento. Presupposto indispensabile di essa è, infatti, la c.d. "*unequality of bargain power*", sussistente quando la persona abbia concluso il contratto «in termini largamente svantaggiosi e squilibrati a causa di

[432] *Law Commission*, A private right of redress for unfair commercial practices?, cit., 18.
[433] *Lynch* v. *DPP of Northern Ireland* [1975] AC 653, 695. Sulle caratteristiche e sulla disciplina del *duress* cfr. E. McKendrick, *Contract Law*, cit., 714 ss.
[434] Cfr sul punto M. Serio, *La struttura del* contract*,* Manuale di diritto privato europeo cit., 685.
[435] Cfr., per alcuni esempi, E. McKendrick, *op. ult. cit.,* 754.

particolarmente avverse condizioni economiche, fisiche, culturali o di stringenti esigenze personali o affettive o di indebite pressioni esercitate, anche in forma non violenta né minacciosa, dall'altra parte».[436]

L'analisi condotta dalla *Law commission* mostra peraltro che, in base al diritto vigente, alcune pratiche aggressive resterebbero prive di rimedio, giacché le «*traditional definitions of the doctrines of duress and undue influence may leave some gaps*».[437] Più precisamente sembrerebbe che la violenza, al pari di quanto accade anche nel nostro diritto, operi limitatamente a minacce di una certa gravità, dirette alla persona, o al suo patrimonio, e non sia riconoscibile, invece, in più sottili forme di pressione psicologica, quali quelle coperte dalla disciplina delle pratiche commerciali aggressive.[438] Quanto invece all'*undue influence*, il problema principale sta nell'assenza, nei rapporti tra professionisti e consumatori, di quel rapporto di fiducia che è necessario presupposto per l'operare della *doctrine*.[439]

6. – *Right to unwind the contract*, *right to a discount on the price*, *liability*.

Dunque, anche nel diritto inglese il ricorso ai vizi della volontà si rivela difficile a causa della loro intrinseca limitatezza o esagerata varietà. Ecco perché si è ritenuto necessario rivolgersi a soluzioni alternative, in particolare all'elaborazione di un nuovo *right of redress*, di cui il consumatore possa facilmente ed efficacemente avvalersi nel caso di comportamenti vietati dalla direttiva 2005/29/CE.

Quali precise caratteristiche avrà questo rimedio non è dato ancora di sapere. L'obiettivo che la Commissione si è prefissata, come chiarisce essa stessa in esordio alla proposta di riforma, è quello di elaborare «*a new Act to protect consumers from misleading and aggressive practices in their dealings with traders. Unlike the current private law, the statute would be designed specifically with consumer problems in mind. The aim is to clarify and simplify the law on misleading practices, and to extend protection against aggressive practices … the proposed new statute would cover the*

[436] Così M. Serio, *La struttura del* contract, cit., 685 riassume le parole di Lord Denning nel leading case *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* [(1974) 3 All ER 757]

[437] *Law Commission*, A private right of redress for unfair commercial practices? cit., 22.

[438] *Op. ult. cit*., 20.

[439] Il che è confermato dalle considerazioni della *Law Commission* che chiarisce come «many cases of undue influence have involved husbands and wives, spiritual advisers and fiduciary-like relationship arising in respect of particularly vulnerable individuals» (*Law Commission*, Consumer redress for misleading and aggressive practices, cit., 96).

private law consequences of traders who are found to act in ways that are aggressive or misleading».[440]

Volendo sintetizzare i risultati finora raggiunti, peraltro ancora provvisori giacché si è appena chiusa la fase di consultazione dei c.d. *stakeholders*, si constata come allo stato siano stati ipotizzati due ordini di rimedi.

Il primo consiste nel diritto di recedere dal contratto (*right to unwind*)[441] che può essere esercitato entro tre mesi dalla sua conclusione, purché il consumatore sia in grado di restituire in tutto o in parte il prodotto acquistato, o purché l'erogazione del servizio non sia ancora terminata. Per effetto di tale rimedio entrambe le parti sono liberate dalle rispettive obbligazioni e il consumatore ha altresì il diritto a ottenere il risarcimento dell'interesse negativo.[442] Se viceversa il consumatore attende più di tre mesi per far

---

[440] *Law Commission*, Consumer redress for misleading and aggressive practices, cit., 167.

[441] Si tratta di rimedio inedito e, in quanto tale, caratterizzato da una denominazione del tutto innovativa rispetto alla terminologia propria del diritto privato tradizionale. Osserva a tale proposito la *Law Commission* che «*This remedy is similar to "rescission" in England and Wales or "reduction" in Scotland. However the current terms are confusing: "rescission", for example has different meanings in Scotland and in England. Legal text often use words such as "restitution" or "*restitutio in integrum*" which non legally qualified advisers find particularly baffling. We wish to use a new term that does not carry any existing legal baggage. We also wish, as far as possible, to use everyday language. We think the word "unwind" would be generally understood as meaning to restore the parties to the position they where in before entering the contract or making the payment*».

[442] Si tratta del c.d. *reliance interest*, sul quale si veda l'ampia trattazione di E. McKendrick, *Contract Law*, cit., 1054. Il *reliance interest* corrisponde all'interesse negativo del diritto europeo continentale. Secondo la definizione di L.L. Fuller e W.R. Perdue, *The reliance interest in Contract Damages*, Yale Law Journal 1936, 46 – che McKendrick definisce (*op. cit.*, 1006) «*the most cited article ever written on the law of contract*» – il *reliance interest* comprende «*losses involved in foregoing the opportunity to enter other contract*», ossia le occasioni perse che anche il nostro interesse negativo ha la funzione di coprire. Tuttavia, osserva McKendrick, «*the more widely used conception of reliance interest is that it enables the claimant to recover his out-of-pocket expenditure incurred in the course of performance of the contract*».

Come nel nostro diritto all'interesse negativo si contrappone l'interesse positivo, così anche nel diritto inglese al *reliance interest* si contrappone il *performance interest* il quale, secondo la nota statuizione risalente addirittura al caso *Robinson* v. *Harman* (1848) 1 Ex 850-851, risponde alla «*rule of the common law ... that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed*». Sul punto cfr. McKendrick, *op. ult. cit.,* 1017. Ancora diverso rispetto al *reliance interest* e al *performance interest* è l'*expectation interest* che, dovuto in ipotesi di affermazioni false provenienti da uno dei contraenti (*misrepresentation*), consiste nel diritto di ottenere una prestazione del medesimo contenuto di quella promessa, come se quelle informazioni false fossero state vere.

L'introduzione nel panorama del diritto inglese del *reliance interest* è dovuta a una contaminazione del diritto tedesco, come chiarisce H. Beale, *The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization*, cit., 508, che così ne tratteggia l'affermazione in *common law*: «*There are a few recently adopted concepts in English law that may have continental roots but which have come to us indirectly. One example is the distinction between expectation interest and reliance ineterst damages made famous by the article of Fuller and Perdue, which drew on German law and in particular the work of Jhering. Although the distinction fits English law almost perfectly, the terminology was almost unknown in England until introduced into academic*

valere le proprie ragioni, ovvero se i beni oggetto del contratto sono stati del tutto consumati, o i servizi già forniti, allora potrà domandare soltanto una riduzione del prezzo (*right to a discount on the price*). Nelle intenzioni della *Law Commission*, il "*right to unwind*" (e con esso il subordinato *right to a discount*) costituisce rimedio *standard*, applicabile in tutti i casi in cui siano rispettate le condizioni per la sua operatività, indipendentemente dalla prova di alcun danno che il consumatore abbia subito.

Il secondo rimedio ipotizzato nel *consultation paper*, considerato invece un *optional remedy*, è rappresentato da un'azione di danno (*damages*) esperibile unicamente se il consumatore sia in grado di provare di avere subito un *indirect loss*, «*including economic damage and distress and inconvenience*».[443] Il professionista potrà, dal canto suo, difendersi dando prova di essersi comportato diligentemente («*the trader can avoid this consequential liability with a due diligence defence*»).

L'introduzione di tali nuovi rimedi, chiarisce la *Law Commission*, non comporterebbe, ove la proposta diventasse legge, la sostituzione di quelli già presenti nel diritto privato generale: in particolare sarebbe ancora possibile agire *in tort*, secondo la *doctrine* fondata sul caso *Hedley Byrne* v. *Heller*, per l'ipotesi di *misleading*

---

writing by Ogus [A. Ogus, *The Law of Damages*, London 1973]. *Even then it only found its way into the case law when, in the Court of Appeal, Ackner LJ cited a Canadian case which had adopted it*».

La *Law commission*, chiamata a valutare, tra le altre cose, anche la misura de risarcimento del danno spettante al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, ha preso in considerazione le soluzioni adottate in altri ordinamenti che, pur al di fuori dell'Unione europea, hanno affrontato problemi analoghi a quelli posti dalla disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette. Mentre le legislazioni di Australia e Stati Uniti contemplano quale rimedio la risoluzione del contratto e mirano a porre le parti nella posizione in cui esse si trovavano prima di concluderlo, la legislazione neozelandese mira a porre il consumatore nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se la *misrepresentation* fosse stata vera (ossia se le affermazioni fuorvianti rispetto alla realtà fossero state ad essa corrispondenti).

Ebbene per la *Law Commission* la soluzione più appropriata, volendo disegnare un nuovo rimedio civilistico avverso le pratiche commerciali scorrette, è quella di porre nel nulla il contratto, riconoscendo il diritto al mero *reliance interest*, piuttosto che cercare di porre il consumatore nella posizione che egli avrebbe ottenuto se le dichiarazioni false fossero state vere (come sarebbe se si ritenesse di ristorare l'*expectation interest*). Tale scelta è dovuta principalmente alla difficoltà che incontrerebbe il consumatore per conseguire la condanna del professionista all'*expectation interest*. Egli sarebbe infatti tenuto: a provare che la dichiarazione ingannevole o aggressiva del professionista era in effetti diretta alla conclusione di un contratto e non genericamente volta a pubblicizzare il prodotto (la quale differenza, in *common law*, rileva, giacché è difficile considerare - in un ordinamento che resta diffidente nei confronti della buona fede - la dichiarazione che sia meramente rivolta a un pubblico generalizzato come fonte di affidamento); a quantificare l'*expectation interest,* giacché le corti, in mancanza della prova dell'entità del danno subito, sono solite non condannare al risarcimento.

Proprio in considerazione di questo aspetto anche le associazioni a difesa dei consumatori che si sono occupate del tema hanno confermato la necessità di un rimedio che sia «*cheap and cheerful*», in grado di essere facilmente fruibile dal consumatore, anche senza il necessario ausilio di un legale.

[443] Così il *Consultation paper* 199 del 2011*,* 171.

omissions, così come sarebbe ancora consentito avvalersi dei rimedi contrattuali, tra cui in particolare la *specific performance*, ove il consumatore avesse interesse a ottenere l'adempimento del contratto: il nuovo *right of redress* si affaccerebbe infatti sul panorama del diritto inglese come «*a new, user-friendly alternative for consumers to be added alongside existing law. We think consumers would opt for the simpler solution of suing under the new act*».[444]

7. Un nuovo diritto di recesso per il consumatore.

Il rimedio che la *Law commission* ha definito come *standard remedy*, e dunque quello che, se approvato, sarà destinato ad avere maggiore impiego nella prassi, consiste in un inedito *right to unwind the contract*, e costituisce una novità nel sistema rimediale di *common law*. Nel presentarlo come soluzione offerta, *de iure condendo*, dal legislatore inglese, per risolvere il problema della tutela privatistica contro le pratiche commerciali scorrette, lo si è qualificato[445] (in termini che intendevano essere meramente descrittivi), alla stregua di un diritto di recesso. Non si tratta però del recesso convenzionale di cui all'art. 1373 c.c., il quale non può essere esercitato quando il contratto abbia già avuto un inizio di esecuzione;[446] né di quello proprio dei contratti di durata che produce i suoi effetti *ex nunc,* lasciando inalterate le prestazioni già eseguite.[447]

---

[444] *Op. ult. cit.,* 200.

[445] Cfr. *supra* § 6.

[446] Al contrario il *right to unwind* che la *Law Commission* va elaborando si può dire che presupponga l'inizio dell'esecuzione, giacché è funzionale a riportare le parti nello *status quo ante*, imponendo a entrambe la restituzione delle prestazioni eseguite.

[447] A tale proposito non può, invero, trascurarsi che la *Law Commission* considera «*unrealistic to expect the consumer to restore the trader to a pre-contract position: consumers are rarely able to return goods in an unused state, and it is the nature of a service that once it is started it cannot be undone*»; e tuttavia «*given that the trader has committed a misleading or aggressive practices, we think that total restoration is unnecessary. All that should be required is that the consumer can return some element of the product, or alternatively reject some element of the goods or service*» [Cfr. Law Commission, Consumer redress, cit.]

Tale considerazione costituisce una presa d'atto di come, una volta che il contratto abbia avuto un inizio di esecuzione, sia molto difficile che le parti siano riportate nella situazione in cui si sarebbero trovate se il contratto non fosse stato concluso. Per il che si assottiglia la distanza con l'art. 1373 c.c. là dove quest'ultimo impone che «nei contratti a esecuzione continuata o periodica … il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione» [Così V. Roppo, *Il contratto*, 547]. E tuttavia la *ratio* dei due tipi di recesso si mantiene distante, l'uno essendo volto a favorire il consumatore vittima della condotta scorretta, e acquisendo pertanto i caratteri del rimedio funzionale a far fronte a una patologia del contratto, l'altro consistendo in uno «strumento normale e fisiologico di sistemazione degli interessi contrattuali» [Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., 541], voluto dalle parti o previsto dalla legge.

Il *right to unwind the contract* in corso di elaborazione pare invece più vicino al recesso di pentimento,[448] già riconosciuto da alcune direttive europee al consumatore quando, in contesti in cui è particolarmente avvertita la sua vulnerabilità, gli è attribuito dalla legge uno *ius poenitendi*.[449] Ciò in quanto sembra potersi rintracciare nel rimedio di nuovo conio, quello stesso intento di tutela del contraente debole che, pur con

[448] Dal punto di vista degli effetti, in particolare, entrambe le figure di recesso sono finalizzate a riportare i contraenti nello *status quo ante.* La disciplina del recesso di pentimento è stata di recente riformata dal legislatore europeo mediante la direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 la quale ha però confermato, quanto agli effetti, la normativa precedente, prevedendo l'obbligo per il professionista di restituire al consumatore tutto quanto da lui corrisposto, e il corrispondente obbligo del consumatore di restituire il bene acquistato.

Quanto agli "Obblighi del professionista nel caso di recesso" prevede l'art. 13 della direttiva che: «1. Il professionista rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 11. Il professionista esegue il rimborso di cui al primo comma utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti e a condizione che questi non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna standard offerto dal professionista.

3. Salvo che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, con riguardo ai contratti di vendita il professionista può trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifichi per prima.

Quanto agli "Obblighi del consumatore nel caso di recesso", prevede l'art. 14 che:

1. A meno che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, il consumatore restituisce i beni o li consegna al professionista o a un terzo autorizzato dal professionista a ricevere i beni, senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 11. Il termine è rispettato se il consumatore rispedisce i beni prima della scadenza del periodo di quattordici giorni.

Il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore.

Nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in cui i beni sono stati consegnati al domicilio del consumatore al momento della conclusione del contratto, il professionista ritira i beni a sue spese qualora i beni, per loro natura, non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta.

2. Il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni. Il consumatore non è in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera h) […]».

Sulla direttiva 2011/83 si veda S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, Europa dir. priv. 2011, 861 ss.

[449] Si tratta in particolare della facoltà di recedere *ad nutum* dal contratto prevista dagli artt. 45-46 cod. cons., relativi ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, e dagli artt. 50-67 cod. cons., con riferimento ai contratti a distanza: nel primo caso la debolezza del consumatore consisterebbe nella mancanza di tempo e della necessaria lucidità per riflettere sulla sua decisione di concludere il contratto; nel secondo caso essa sarebbe da ravvisarsi nella impossibilità di valutare da vicino il prodotto che si accinge ad acquistare. Per una panoramica sul tema cfr. A. Barca, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano 2011.

varianti significative, è fatto proprio dal legislatore europeo là dove acconsente a che il consumatore si liberi dal contratto anche senza giusta causa. [450]

Proprio sotto tale ultimo profilo va però evidenziato che, diversamente dal *ius poenitendi* che può essere esercitato dal consumatore senza alcuna giustificazione,[451] il rimedio che si va elaborando nel diritto inglese presuppone che il consumatore sia in grado di dar prova della scorrettezza della condotta del professionista, palesando così la sua natura di recesso per giustificato motivo.

Chiarisce infatti la *Law Commission* che «*the consumer would need to show that: (1)The trader carried out a misleading or aggressive practice, within the meaning of*

[450] La disciplina del recesso di pentimento è stata di recente riformata dal legislatore europeo mediante la direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 la quale ha però confermato, quanto agli effetti, la normativa precedente, prevedendo l'obbligo per il professionista di restituire al consumatore tutto quanto da lui corrisposto, e il corrispondente obbligo del consumatore di restituire il bene acquistato. Quanto agli "Obblighi del professionista nel caso di recesso" prevede l'art. 13 della direttiva che: «1. Il professionista rimborsa tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 11. Il professionista esegue il rimborso di cui al primo comma utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti e a condizione che questi non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna standard offerto dal professionista.

3. Salvo che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, con riguardo ai contratti di vendita il professionista può trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifichi per prima.

Quanto agli "Obblighi del consumatore nel caso di recesso", prevede l'art. 14 che:

1. A meno che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, il consumatore restituisce i beni o li consegna al professionista o a un terzo autorizzato dal professionista a ricevere i beni, senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 11. Il termine è rispettato se il consumatore rispedisce i beni prima della scadenza del periodo di quattordici giorni.

Il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni, purché il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore.

Nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in cui i beni sono stati consegnati al domicilio del consumatore al momento della conclusione del contratto, il professionista ritira i beni a sue spese qualora i beni, per loro natura, non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta.

2. Il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni. Il consumatore non è in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera h) […]».

Sulla direttiva 2011/83 si veda S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, Europa dir. priv. 2011, 861 ss.

[451] Si ricorda a tale proposito che l'art. 9 della recentissima direttiva 2011/83/UE prevede che «il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 13, paragrafo 2, e all'articolo 14».

regulation 5 or 7 of the Regulations; (2) This causes or is likely to cause the average consumer to take a decision to enter a contract or make a payment they would not have taken otherwise; and (3) This caused the consumer to take the decision to enter a contract or make a payment they would not have taken otherwise».[452]

Il maggior carico dell'onere probatorio gravante sul consumatore vittima di pratica commerciale scorretta[453] rispetto al consumatore dotato di *ius poenitendi*, è peraltro compensato dall'estensione del termine cui la *Law Commission* vorrebbe assoggettare l'esercizio del recesso, che si stima potrebbe essere di tre mesi, contro i soli quattordici giorni entro i quali si è da ultimo stabilito[454] che dovrà essere esercitato l'ordinario recesso di pentimento.[455]

Il significativo divario nella disciplina delle due forme di recesso, rende difficile considerare quello di nuovo conio una semplice *species* dell'ormai tipicamente consumeristico recesso di pentimento,[456] e altresì mette in luce come il tradizionale *ius*

[452] *Law Commission*, Consumer redress, cit., 169.

[453] L'onere probatorio è delineato più precisamente dalla *Law commission*, Consumer redress, cit., 197 s., nei termini che seguono. Dopo aver chiarito che i consumatori hanno titolo per esercitare il nuovo *right to unwind* «*only … if the misleading or aggressive commercial practice had an actual impact on them*», la Commissione ritiene che sia esageratamente gravoso imporre al consumatore di provare che, se non fosse stato per la condotta scorretta del professionista, esso non avrebbe concluso il contratto. Propone pertanto che sia sufficiente provare che la condotta del professionista abbia costituito un "*significant factor*" nella decisione di concludere il contratto, precisando che «*in practice this means that the consumer will need to provide some evidence that they saw the misleading statement, or experienced the aggressive practice before making the decision to buy or pay. And if the misleading or aggressive practice is sufficiently serious to be a significant factor for a reasonably well informed, observant and circumspect consumer, that will normally be enough. Consumers are not required to provide proof about what they may or may not have done in a hypothetical set of circumstances, where no unfair practice took place*».

Aggiunge la *Law commission* che il consumatore, per esperire il suddetto rimedio, non è tenuto a provare la colpa del professionista e ciò in quanto «*we think that no-fault liability with a due diligence defence allocates the burden of proof to the parties best-placed to satisfy it. The consumer can say whether they experienced misleading or aggressive behaviour, and the trader can demonstrate what measures they took to avoid being at fault. This allocation of the burden of proof reflects the current position under the Regulations (substituting the public authority for the consumer)*».

[454] Cfr. sul punto la già richiamata direttiva del Parlamento europeo 25 ottobre 2011 n. 83, la quale, dopo aver rilevato, al *considerando* n. 40 che «i diversi termini di recesso tra Stati membri e per i contratti a distanza e i contratti fuori dei locali commerciali sono causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento [per il che] lo stesso termine di recesso dovrebbe applicarsi a tutti i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali», prevede, al comma 1 dell'art. 9 - rubricato "diritto di recesso" - che « … il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 13, paragrafo 2, e all'articolo 14».

[455] Lo stesso termine prevede altresì la recente proposta di regolamento europeo per un diritto comune della vendita (cfr. art. 42 COM(2011)635 final, art. 42.

[456] Sul punto Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 26 che ritiene la disciplina del recesso «un modello generale all'interno del diritto del consumo».

poenitendi non possa rappresentare rimedio idoneo per il consumatore *in subiecta materia*. Quest'ultima, infatti, ruotando interamente intorno al presupposto della scorrettezza, esige quanto meno che sia garantito il contraddittorio in merito alla sua sussistenza: onde un recesso *ad nutum*, pur giustificato da un generico intento di tutela del consumatore, rischierebbe di essere squilibrato a svantaggio del professionista, impossibilitato a provare la mancanza di ingannevolezza o di aggressività della propria condotta.

Ove dunque il legislatore italiano, ispirandosi a quello inglese, volesse percorrere la via del recesso,[457] non dovrebbe rifarsi tanto al modello del recesso di pentimento, quanto piuttosto a quello coniato in *Common Law*. Esso, peraltro, dovrebbe fare il suo ingresso nel panorama dei rimedi consumeristici non già quale soluzione obbligata ma, al contrario, quale opzione alternativa alla tradizionale azione risarcitoria. E ciò in quanto, come si è di recente osservato, «il recesso non è sempre uno strumento proficuo per il consumatore, giacché comporta la rinunzia ai vantaggi connessi all'operazione contrattuale; mentre il risarcimento del danno appare conveniente per lo meno sotto il profilo della conservazione di tali vantaggi e della loro combinazione con il risultato

---

Il diritto di recesso come istituto generale del diritto europeo, anche al di fuori del diritto secondo dei consumatori, è previsto dal DCFR, che lo disciplina all'art. II – 5:101 e ss. Proprio con riferimento a tale disciplina si è detto che «il DCFR ha mostrato di sapere trarre vantaggio dal diritto comunitario come fonte originaria del diritto secondo di tutela del consumatore, svolgendo all'indietro, orientando cioè da questo che costituisce il particolare verso il generale, quegli aspetti di esso che sono sembrati idonei all'innesto nel diritto privato generale. Così all'espansione degli obblighi di informazione (II-3.) si può aggiungere il diritto di recesso, al quale è dedicata una disciplina generale suscettibile di superare il riferimento al diritto proprio dei consumi che lo caratterizza originariamente (art. II.-5:101 s.) D'altra parte una limitazione generale dello stesso diritto di recesso in favore di una eventuale parte debole del contratto è possibile ricavare, come è stato acutamente rilevato [da L. Noegler, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 2008, 179], mettendo a frutto la previsione generale contenuta nell'art. III.-1:103 (I) che assoggetta alla buona fede non solo l'adempimento del debitore e l'esercizio della pretesa del creditore, ma anche il diritto di mettere fine a un'obbligazione o a un rapporto contrattuale»: così C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura* realpolitik *di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, Europa dir. priv., 2011, 853 s.

Sulla centralità del recesso nella diritto dei consumi si veda inoltre H. Miclitz, J. Stuyck, E. Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland Oregon, 2010, 239 e ss, ove si ossreva peraltro, che al di là di un'apparenza di unitarietà, la disciplina del diritto di recesso appare piuttosto frammentata in Europa: «*there are blatant inconsistencies in the way the 'right of withdrawl' is regulated in different Directives: different terminology is used to denominate the right, cooling-off periods are calculated in different ways, the notice of the right of witudrawl differs (both as to content and timing of formal requirements), a failure to inform the consumer of his right of withdrawl is sanctioned in different ways etc. At national level, the situation is often even worse. These inconsistencies have made it very difficult to fit sucha right into general contract law*».

[457] Il recesso è stato ipotizzato quale possibile rimedio nel nostro diritto da G. De Cristofaro, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, Contratto e impresa. Europa, 2007, 30.

dell'azione risarcitoria».[458] Si tratterebbe, insomma, di lasciare al consumatore la scelta se avvalersi di un rimedio più rapido e meno oneroso, e tuttavia privativo del contratto, ovvero di un rimedio conservativo, e però maggiormente oneroso anzitutto in termini probatori, quale sarebbe l'azione di responsabilità.

8. Diversità dei rimedi e armonizzazione incompleta.

L'elaborazione, ancora in corso, di nuovi strumenti di tutela del consumatore ad opera della *Law Commission*, oltre che costituire utile spunto *de iure condendo* anche per il legislatore italiano, offre la misura di come l'ordinamento inglese e quello nostro si attestino, allo stato, su posizioni divergenti, da una parte essendo caldeggiato, quale rimedio generale, il recesso, dall'altra potendosi confidare sulla sola responsabilità quale soluzione percorribile a fronte di tutte indistintamente le pratiche commerciali scorrette: l'esito invalidante, infatti, è subordinato alla sussistenza, da verificarsi caso per caso, dei requisiti necessari ad integrare i vizi della volontà, o a dare corso alla nullità.

Tale divaricazione, con tutta evidenza, condurrà a esiti contrari rispetto a quelli auspicati dall'Europa in termini di piena armonizzazione, giacché, pur a fronte di fattispecie pressoché identiche nei diversi ordinamenti, l'adozione di rimedi difformi non potrà che determinare conseguenze variegate sul piano dell'applicazione.

Ciò, ulteriormente, favorirà, anziché disincentivare, il fenomeno c.d. del *penalties shopping*: con buona probabilità, infatti, il professionista sceglierà di non investire in quegli ordinamenti che maggiormente lo espongano a defatiganti iniziative giudiziarie, nonché al costante pericolo del recesso.[459] Ne conseguirà la maggior difficoltà di raggiungere l'obiettivo, perseguito dall'Unione Europea, di favorire l'equilibrato svolgersi delle relazioni transfrontaliere, con l'ulteriore conseguenza che la

[458] Cfr. S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 871.

[459] Cfr. sul punto, H. Collins, *Harmonization by Example*, cit., 116 s. ove chiarisce che «*it is evident that the interaction between the Directive and national private law systems will provide fertile territory for divergence. Does it matter? In the context of cross-border trade, a consumer might be able torely on his or her home law to mount a private law claim for compensation, punitive damages, or cancellation of the contract that would not be permitted in the trader's home state. Although the regulatory rules might be harmonised by the Directive, the disincentivefor business to market their products and services abroad might persist in the face of fears that consumers might enjoy unexpected rights to redress. If so, we may anticipate that European Commission will respond to a call from the European Parliament and revert to the topic of harmonisation of private law with respect to unfair marketing practices before long*».

massima armonizzazione non potrà dirsi davvero realizzata fino a quando permarranno, anche solo nei rimedi, elementi di sì evidente divergenza tra gli ordinamenti.[460]

Quello che in chiusura non può tralasciarsi di considerare è che, se i progetti di unificazione del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti approdassero ai lidi della statuizione formale, potrebbe immaginarsi un'effettiva e più rapida armonizzazione anche nella materia *de qua*, poiché di essi potrebbe farsi riferimento nell'individuazione di rimedi comuni.

In mancanza, a fronte di una legislazione di fonte europea che pretenderebbe di porsi quale disciplina uniforme assurgendo al ruolo di diritto «generale», continua a rendersi necessario, come si è potuto constatare, il ricorso al diritto «generale» proprio di ciascun ordinamento, il quale, paradossalmente, assume in questa prospettiva carattere di specialità.

Il risultato non è quindi, ancora oggi, molto diverso da quello, deludente, di più di dieci anni fa, quando già si osservava che «L'Europa … e tutto quanto si qualifica europeo, non significa un sistema, dunque qualcosa nel quale ogni elemento acquista senso dalla relazione con ognuno degli altri, ma una realtà a chiazze, ciascuna delle quali inizia e finisce più o meno arbitrariamente e sta a sé, senza il beneficio di senso che le potrebbe venire da un intero che ancora non c'è».[461]

La recente proposta di regolamento per un diritto comune della vendita,[462] vorrebbe rappresentare un tentativo più deciso di conseguire il risultato unificante da

---

[460] Sul punto cfr. A. Costa, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, cit., 249, ove si osserva come «alla totale armonizzazione fa da contraltare l'estrema libertà che la Comunità ha concesso ai singoli Stati nel definire i rimedi per contrastare le pratiche commerciali sleali. Come stabilito dall'art. 11 [della direttiva], è innanzitutto rimessa a questi ultimi la scelta tra il ricorso alla via giurisdizionale piuttosto che a quella amministrativa. Inoltre, l'art. 13, che si occupa delle sanzioni, pone come unico vincolo il fatto che esse dovranno essere "effettive, proporzionate e dissuasive". Lascia quindi perplessi il fatto che, nel tentativo di eliminare delle delle differenze che in concreto separano gli Stati membri, non si prendano in considerazione anche le conseguenze derivanti dall'inosservanza di tali norme. Sia il professionista che il consumatore avranno infatti poco interesse a sapere che una determinata pratica commerciale sleale è vietata in tutti gli Stati membri, se poi non sono in grado di conoscere quali soluzioni l'ordinamento giuridico offre loro, e a quali conseguenze vanno incontro».

[461] Così C. Castronovo, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana,* Europa dir. priv. 1999, 445, il quale aggiunge: «basti pensare alle direttive, che al più possono essere descritte come un arcipelago, con isole di varia foggia e più o meno interessanti, ma ove le si consideri da una prospettiva dell'intero propria di un ordinamento giuridico, prive di un continente di riferimento, tanti testi senza contesto»: si tratta di riflessione ancora attuale e che ben si adatta anche alla materia delle pratiche commerciali scorrette.

[462] COM(2011)635 final, pubblicato in data 11 ottobre 2011. Per alcune primissime considerazioni si veda O. Lando, *Comments and questions relating to the european commission's proposal for a regulation*

tempo auspicato.[463] In quest'ottica tale disciplina potrebbe fungere da utile strumento di uniformazione anche con riferimento ai rimedi esperibili dal consumatore avverso le pratiche commerciali scorrette. E ciò non tanto grazie alla previsione del diritto di recesso (di cui agli artt. 40 e ss. della proposta di regolamento), che a ben vedere non si discosta da quello già radicato nella legislazione europea come *ius poenitendi*, quanto piuttosto grazie alla disciplina dei vizi del consenso, regolata unitariamente nel Capitolo 5.

Prevede in particolare l'art. 49, rubricato *Fraud*, che «*a party may avoid a contract if the other party has induced the conclusion of the contract by fraudolent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudolent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any precontractual information duty, required that party to disclose. Misrepresentation is fraudolent if it is made with knowledge or belief that the representation is false, or recklessly as to whether it is true or false, and is intended to induce the recipient to make a mistake. Non-disclosure is fraudolenti f it is intended to induce the person from whom the informetion is withheld to make a mistake*».

Questa definizione sembra risolvere in radice i dubbi sollevati da una parte della nostra dottrina in merito all'opportunità di modificare il volto del dolo ricomprendendovi anche l'ipotesi di colposa induzione in errore, giacché essa chiarisce la radicale incompatibilità tra l'intenzione di ingannare e la mera negligenza. L'inganno colposo resta, dunque, estraneo alla disciplina del dolo anche per l'Europa, che si mantiene fedele, in questo frangente, alla comune tradizione dei pur diversi ordinamenti degli Stati membri.

---

on a common european sales law, ERPL 2011, 717 ss. e altresì E. Hondius, *Towards an optional common european sales law*, ERPL 2011, 709, da ultimo, in particolare sui risvolti di diritto internazionale privato della proposta di regolamento M. Hesselink, *How to op tinto the common european sales law? Brief comments on the Commission's proposals for a regulation*, ERPL 2012, 195 ss.

[463] Mette in evidenza, seppur succintamente, luci e ombre della proposta di regolamento C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura* realpolitik *di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, cit., 859, il quale ritiene che tale proposta meriti da un lato il «plauso che scaturisce dalla considerazione che in questo modo il lungo discorso sul diritto dei contratti e delle obbligazioni in Europa ha attinto il primo livello della formalizzazione legislativa», dall'altro però susciti anche la «delusione [dovuta al fatto che] la difficile mediazione tra un diritto burocratico e rozzo e un diritto di livello più alto e di maggior valore aggiunto sembra … essersi risolta per il momento nella sistemazione di contenuti provenienti da quest'ultimo nei contenitori approssimativi e un po' pasticciati suggeriti dalla politica talora imperscrutabile della Commissione europea».

Alcune modifiche sembra invece avere subito, almeno rispetto al diritto italiano, la disciplina dell'errore. L'art. 48, rubricato *Mistake* prevede infatti che «*a party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different contract terms and the other party knew or could be expected to have known this* […]».

Tale previsione consente di osservare che, mentre nel nostro ordinamento ci sono errori che, pur se determinanti del consenso, non assurgono al rango di errori essenziali, in quanto non cadono su alcuno degli elementi di cui all'art. 1429 nn. 1-4 c.c., viceversa per la disciplina europea comune della vendita l'errore determinante giustifica sempre la richiesta di annullamento, su qualunque aspetto del contratto esso verta; inoltre, mentre secondo il nostro diritto privato ci sono errori che solo se determinanti ammettono il ricorso all'annullamento (art. 1429 n. 2 e 3), il regolamento europeo in corso di elaborazione pare invece aperto a ricomprendere, più genericamente, anche gli errori "incidenti", purché abbiano reso il contratto significativamente diverso da quello che la parte avrebbe voluto.

L'art. 48 continua, inoltre, prevedendo che «[*a party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if*] *b) the other party (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with any precontractual information duty under Chapter 2, Section 1 to 4*; […]».

Si evince da questa previsione che la violazione di obblighi precontrattuali di informazione che determini l'errore di controparte, nei più ampi termini di cui si è poc'anzi riferito, è in grado di dar corso all'annullamento. Ne consegue che, ai sensi del proposto regolamento europeo (ora in fase di verifica presso le istituzioni dell'Unione), la condotta scorretta, ancorché colposa, sarà in grado di dar corso all'annullamento del contratto più facilmente di quanto non accada sotto il nostro diritto: non già, però, in forza di una indebita estensione della disciplina del dolo nel senso dell'inganno colposo, bensì in virtù del riscontrato ampliamento dei confini dell'errore.

BIBLIOGRAFIA

Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003;

Albanese A., *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, Europa dir. priv. 2005;

Albanese A., *Contratto Mercato Responsabilità*, Milano 2008;

Albanese A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, Corriere giuridico 2008;

Albanese A., *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro,* Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di Plaia A., Milano 2008;

Albanese A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus 2009;

Albanese A., *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, Hominum causa constitutum, Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte, Milano 2009;

Albanese A., *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, Le invalidità nel diritto privato, a cura di Bellavista A. e Plaia A., Milano 2011;

Alessi R., *I doveri di informazione*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Alpa G., Bessone M., Roppo E., *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, Riv. dir. Comm 1974;

Alpa G., Bessone M., Carnevali U., Ghidini G., *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, Milano 1976;

Alpa G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977;

Alpa G., *Consumatore*, Contratto e impresa, 1987;

Alpa G., *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, Digesto disc. priv. III, Torino 1988;

Alpa G., *Diritto comunitario, status e tutela della persona*, Diritto privato europeo e categorie civilistiche a cura di Lipari N., Napoli 1998;

Alpa G., *Ancora sulla definizione di consumatore*, Contratti 2001;

Alpa G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari – Roma 2006;

Alpa G., *Codificazione del diritto dei consumatori*, NGCC 2009;

Alpa G., Conte C., Rossi Carleo L., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino 2009;

Ascarelli T., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione,* Riv. it. sc. giur. 1952;

Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, Saggi di diritto commerciale, Milano 1955;

Barca A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano 2011;

Barcellona M., *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, Le invalidità nel diritto privato, a cura di Bellavista A. e Plaia A., Milano 2011;

Barcellona P., *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore acquirente*, Studi in onore di G. Scaduto, Padova 1970;

Barcellona P., *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, Diritto privato europeo e categorie civilistiche a cura di Lipari N., Napoli 1998;

Bargelli E., *La nuova disicplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18 lett. a)-d) e art. 19, comma 1°, c. cons.)*, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristoforo, Torino 2008;

Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali sleali e ed il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Beale H., *The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization*, ERPL 2010;

Benedetti G., *Le sintesi di un convegno sulle tecniche legislative*, Rass. Dir. Civ. 1986;

Benedetti G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1998;

Bianchi G., *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova 2002;

Bilò G., *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, Riv. trim. dir. proc. Civ. 2011;

Bortone P., Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione, e responsabilità precontrattuale, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Calvo R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, Contratto e Impresa. Europa 2003;

Calvo R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, Contratto e impresa. Europa 2007;

Calvo R., *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristoforo, Torino 2008;

Camardi C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, Europa dir. priv. 2001;

Camardi C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, Riv. crit. dir. priv. 2005;

Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità,* Obbligazioni e contratti 2010;

Camardi C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, Europa dir. priv. 2008;

Camilleri E., *I c.d. "contratti a valle" tra diritto della concorrenza e diritto privato generale*, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di Plaia A., Milano 2008;

Camilleri E., *Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità (e velleità) di un tentativo di trade off*, AIDA 2010;

Cartwright J., *The English Law of Contract: Time for Review?*, ERPL 2009;

Castronovo C., *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano 1979;

Castronovo C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, Jus 1981;

Castronovo C., *Il capitalismo come vicenda giuridica,* Rel. ind. 1983;

Castronovo C., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus 1985;

Castronovo C., *L'avventura delle clausole generali*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1986;

Castronovo C., *Obblighi di protezione*, Enciclopedia giuridica Treccani 1990;

Castronovo C., *Art. 1176 c.c.*, Commentario al codice civile, dir. da P. Cendon, IV, Torino 1991;

Castronovo C., *«I principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, Riv. dir. comm. 1995;

Castronovo, C. *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano 1995;

Castronovo C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, Europa dir. priv., 1998;

Castronovo C., *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana,* Europa dir. priv. 1999;

Castronovo C., *Un contratto per l'europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*. *Parte I e II*, Milano 2001

Castronovo C., *Savigny i moderni e la codificazione europea*, Europa dir. Priv. 2001;

Castronovo C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, Danno e responsabilità 2004;

Castronovo C., *Autonomia privata e costituzione europea*, Europa e dir. priv. 2005;

Castronovo C., *Sezioni più unite che* antitrust, Europa dir. priv., 2005;

Castronovo C., *La nuova responsabilità civile*[3], Milano 2006;

Castronovo C, *Quadro comune di riferimento e* acquis *comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, Europa dir. priv. 2007;

Castronovo C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di Plaia A., Milano 2008;

Castronovo C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Europa dir. priv. 2008;

Castronovo C., *Information Duties and Precontractual Good faith*, Eur. Rev. Pr. L. 2009;

Castronovo C., *Vaga* culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, Europa dir. Priv. 2010;

Castronovo C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura* realpolitik *di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*», Europa dir. Priv., 2011;

Castronovo C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa dir. Priv. 2011;

Castronovo C., La responsabilità precontrattuale, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Castronovo C., *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento,* Le invalidità nel diritto privato a cura di Bellavista A. e Plaia A., Milano 2011;

Chianale A., *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, (l. 2 aprile 2007, n. 40), in Riv. dir. Civ. 2008;

Ciatti A., Gli strumenti di tutela individuale e collettiva, Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di Bargelli E., Di Nella L. e Di Raimo R., Torino 2008;

Collins H., *The unfair commercial practices directive*, ERCL 2005;

Collins H., *Harmonization by example: European Law against Unfair Commercial Practices*, MLR 2010;

Costa A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Criscuoli G., *Il criterio discretivo tra* dolus bonus *e* dolus malus*,* Palermo 1957;

Cursi M. F., *L'illiceità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008;

D'Adda A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008;

D'Amico G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, Contratti 2009;

Dalia C., *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in www.comparazionedirittocivile.it 2010;

De Cristorfaro G., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2007;

De Cristofaro, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, Contratto e impresa. Europa, 2007;

De Cristofaro G., *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. ed il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, AIDA 2008;

De Poli M., *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, Riv. dir. Civ. 2011;

Delle Monache S., *Pratiche commerciali scorrette, obbligo di informazione, dolo contrattuale*, Annuario del contratto 2009;

De Vrey R. *Hugh Collins (ed.)*, The forthcoming EC directive on Unfair commercial practices: contract, consumer and competition law implications, ERPL 2005;

Delli Priscoli L., *«Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza*, Contratto e impresa. Europa 2003;

Di Donna L., *Obblighi informativi precontrattuali. La tutela del consumatore*, Milano 2008

di Majo A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. Priv 1984;

di Majo, *Le obbligazioni*, in Manuale di diritto privato europeo a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007;

Di Mauro L., *L'iter normativo: dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Di Nella L., *prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, Contratto e impresa. Europa 2007;

Di Nella, L., *Le pratiche commerciali aggressive*, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristoforo, Torino 2008;

Fabbio P., *Azione di classe* ex *art. 140-bis c.cons. e illeciti «concorrenziali»: ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, AIDA 2010.

Fazio E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Europa dir. priv. 2007;

Ferrante E., *Il dolo omissivo nella giurisprudenza: fine dell'esilio?*, Riv. trim. dir. proc. Civ. 2008;

Ferri G. B., *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Riv. dir. Comm., 1996;

Ferri G. B., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Europa dir. priv., 2011;

Ferro-Luzzi F., *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, Concorrenza e mercato le tutele civili delle imprese e dei consumatori, a cura di G. Vettori, Padova 2005;

Fiorentino L., *Le pratiche commerciali scorrette,* Obbligazioni e contratti 2011;

Fogliati P., Dolus bonus *e* dolus malus*: brevi cenni sui caratteri distintivi*, Giurisprudenza italiana 2002;

Franceschelli R., (voce) *Concorrenza sleale*, in Enc. Giur. Treccani, VII, Roma 1988;

Franzoni M., *La tutela aquiliana del contratto*, I contratti in generale, II, Trattato dei contratti, diretto da Rescigno P., a cura di Gabrielli E., Torino, 1999;

Fuller L. L. e Perdue W. R., *The reliance interest in Contract Damages*, Yale Law Journal 1936;

Funaioli C. A. (voce) *Dolo*, in Enciclopedia del diritto, Milano 1964.

Gabrielli E., *Sulla nozione di consumatore*, in Riv. Trim. dir. proc. civ. 2003;

Gabrielli E., *Il consumatore e il professionista*, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., Torino 2005;

Gambini M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in Giur. Merito, 2004;

Genovese A., *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, AIDA 2008;

Gentili A.., (voce) *Dolo*, Enc. giur. Treccani, Milano 1989;

Gentili A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite,* Contratti 2008;

Gentili A., *Codice del consumo ed esprit de géometrié*, I contratti 2006;

Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, Rivista di diritto privato 2010;

Gentili A., *La «nullità di protezione»*, Europa dir. Priv. 2011;

Ghidini G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano 2008;

Granelli C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, Obbligazioni e contratti 2007;

Grisi G., *L'obbligo precontrattuale d'informazione,* Napoli 1990;

Grisi G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano 1997;

Guerinoni E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, I contratti 2007

Guizzi G., *Il mercato concorrenziale, problemi e conflitti*, Milano 2010;

Hesselink M.W., *European contract law: a matter of consumer protection*, Citizenship, or Justice?, ERPL 2007;

Hesselink M., *How to op tinto the common european sales law? Brief comments on the Commission's proposals for a regulation*, ERPL 2012;

E. Hondius, *Towards an optional common european sales law*, ERPL 2011;

Irti N., *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, Giur. it. 1997;

Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2004;

Jansen N. e Zimmermann R., *Restating the* acquis communautaire? *A critical examination of the 'principles of the existing EC contract law'*, MLR 2008;

Kirschen S., Sub *art. 3. Definizioni,* Alpa G. – Rossi Carleo L., Codice del consumo. Commentario, Napoli 2005;

Lando O., *Is good faith an over-archong general clause in the principles of European contract law?*, ERPL 2007;

Lando O., *Comments and questions relating to the european commission's proposal for a regulation on a common european sales law*, ERPL 2011;

Larenz K., *Lehrbuch des Schuldrechts*[14] I, München 1987;

Lenti L., *Status*, in Digesto disc. priv. XIX, Torino 1999;

Leone, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, Il diritto industriale 2008;

Libertini M., Alla ricerca del "diritto privato generale", Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di Plaia A., Milano 2008;

Libertini M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, Europa dir. priv. 1999;

Libertini M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, Danno e responsabilità 2004;

Libertini M., *Responsabilità civile* antitrust: *balocchi e profumi*, Danno e responsabilità 2004;

Libertini M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, Danno e responsabilità 2005;

Libertini M., *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Milano 2005;

Libertini M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Contratto e Impr. 2009;

Libertini M., *Concorrenza*, (voce) Enciclopedia del diritto (Annali), Milano 2011;

Libertini M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, *www.agcm.it*;

Libertini M., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, Manuale di diritto privato europeo a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007;
Lipari N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria,* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2010;

Lipari N., *Persona e mercato*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2010;

Lipari N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2010;

Loos M.B.M., *The influence of european consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization*, ERPL 2007;

Lucchesi F., *Art. 18*, Codice del Consumo. Aggiornamento a cura di G. Vettori, Padova 2009;

Lucchesi F., *Art. 20-23*, Codice del Consumo. Aggiornamento a cura di G. Vettori, Padova 2009;

Mak V., *Standard of Protection: in Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, ERPL., 2011;

Mantovani M., *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino 1995;

Mantovani M., *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in Le invalidità nel diritto privato a cura di Bellavista A. e Plaia A., Milano 2011;

Maugeri M. R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, NGCC 2009;

Mayr C. E., *Il parametro del consumatore*, AIDA 2008;

Mazzamuto S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, Europa dir. priv. 2004;

Mazzamuto S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea,* Europa dir. priv., 2005;

Mazzamuto S., *Il contratto europeo al tempo della crisi*, Europa dir. Priv. 2010;

Mazzamuto S., *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Mazzamuto S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, Europa dir. priv. 2011;

Mazzamuto S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa dir. priv. 2011;

Mazzamuto S., *Postfazione*, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore, a cura di Plaia A., Milano 2008;

Mazzoni C., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, Giur. Comm. 1976;

McKendrick E., *Contract Law*, Oxford 2005;

McKendrick E., *La buona fede tra common law e diritto europeo*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Meli V., (voce) *La pubblicità ingannevole*, Enciclopedia giuridica Treccani 2005;

Meli V., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, AIDA 2008;

Mengoni, *«Metus causam dans» e «metus incidens»*, Riv. dir. comm., 1952;

Mengoni L.,*Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, Riv. dir. Comm. 1954;

Mengoni L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. Comm. 1956;

Mengoni L., *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, Jus 1983;

Mengoni L., *Forma giuridica e materia economica*, in Diritto e valori, 1985;

Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv. 1986;

Mengoni L., *Persona e iniziativa economica privata*, Persona e mercato. Lezioni, a cura di Vettori G., Padova, 1996;

Mengoni L., *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1997;

Mengoni L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, Scritti in onore di Pietro Rescigno, III, Milano 1998;

Mengoni L., *Metodo e teoria giuridica. Scritti I*, a cura di Castronovo C., Albanese A., Nicolussi A., Milano 2011;

Mengoni L., *Obbligazioni e negozio. Scritti II,* a cura di Castronovo C., Albanese A., Nicolussi A., Milano 2011;

Micklitz H., *The General Clause of Unfair Practices*, in Howells-Micklitz-Wilhemson, European fair trading law, Ashgate, Aldershot (UK), 2006;

Micklitz H., *Legal Redress*, in Howells-Micklitz-Wilhemson, European fair trading law, Ashgate, Aldershot (UK), 2006;

Miclitz H, Stuyck J, Terryn E., *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland Oregon, 2010;

Minervini E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

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*, Foro amm. CDS 2010;

Mirone A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, AIDA 2008;

Mosconi F. e Campiglio C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino 2010;

Navarretta E., *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, Liber Amicorum per Francesco Busnelli, Milano 2008

Nicolò R., *Diritto civile*, in Enc. dir., XXVIII, Milano 1978;

Nicolussi A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, Europa dir. priv., 2003;

Nicolussi A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, Europa dir. priv. 2006;

Nicolussi A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, Europa dir. priv. 2007;

Nicolussi, *Le restituzioni*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007.

Nicolussi A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, Danno e resp. 2008;

Nicolussi A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, Europa dir. priv. 2008;

Nivarra L., *La pubblicità commerciale*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007.

Noegler L., *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 2008;

Nuzzo M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Oppo G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, Il diritto europeo dei contratti d'Impresa: autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, a cura di Sirena P., Milano 2006;

Orlando S*., Artt. 24-26*, Codice del Consumo. Aggiornamento a cura di G. Vettori, Padova 2009;

Orlando S., *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, Obbligazioni e contratti 2009;

Osti C., *La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette*, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., Torino 2011;

Palazzolo G., *Cancellazione automatica delle ipoteche a tutela dei consumatori*, Riv. dir. priv. 2011;

Pagliantini S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa 2009;

Pallotta A., *Le pratiche commerciali aggressive*, in Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Passagnoli S., *Nullità speciali*, Milano 1995;

Patti S., *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, Europa dir. priv 2003;

Perlingieri P., *Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona*, Europa dir. priv., 2010.

Piraino F., Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato, Europa dir. priv. 2010;

Piraino F., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, Europa dir. Priv. 2008;

Plaia A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Foro it. 2003;

Plaia A., *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, Argomenti di diritto del lavoro 2008;

Principe I., *Pratiche ingannevoli e pubblicità inganevole*, Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Ranieri F., *Il principio generale di buona fede*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano 2007.

Realmonte F., *La rilevanza del dolus bonus: un'altra occasione perduta*, in Contratti 1994;

Rinaldi F., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, NGCC 2009;

Roppo E., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, Politica del diritto 1975;

Roppo V., *Il contratto*, Milano 2001;

Roppo V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, Corriere giuridico 2009;

Rossi Carleo L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L. Milano 2007;

Rossi Carleo L., *Le pratiche commerciali sleali*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Rossi Carleo L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Europa dir. priv. 2010;

Rossi Carleo L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, in Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi, a cura di G. Alpa G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, Napoli 2010;

Sacco Ginevri A., *La direttiva 2005/29/CE e la disciplina della concorrenza*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007

Sacco R, in Sacco e De Nova, *Il contratto*,[3] in trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino 2004;

Saccomani A, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., Milano 2007;

Salanitro U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* ratio decidendi *e* obiter dicta *delle sezioni unite*, in NGCC 2008;

Salanitro U., *Gli obblighi precontrattuali d'informazione e: le regole e i rimedi nel progetto* acquis*,* Europa e diritto privato 2009;

Sandulli M., *Sub* art. 39, in Codice del consumo. Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli 2005;

Scaglione F., *Il mercato e le regole della scorrettezza*, Padova 2010.

Scarso A. P., *Criteri distintivi tra dolus bonus e dolus malus*, NGCC 1997;

Scognamiglio C., *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, Europa dir. priv. 2008;

Scognamiglio C., *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, Resp. civ e prev. 2011;

Senigaglia P., *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistemica*, Europa dir. priv. 2006;

Serio M., *La struttura del* contract, Manuale di Diritto Privato Europeo, a cura di Castronovo C. e Mazzamuto S., Milano 2007;

Smits J., *Full Harmonization of consumer law? A critique of the draft directive on Consumer Rights*, ERPL 2010;

Taddei Elmi G.*, Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. Rimedi civilistici,* Persona e mercato 2010;

Tenella Sillani C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, Obbligazioni e contratti 2010;

Trabucchi A., (voce) *Dolo*, in *Noviss. Digesto it.*, VI Torino, 1960;

Trabucchi A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937;

L.C. Ubertazzi, *Le PCS e il futuro dell'autodisciplina*, Il diritto industriale 2010;

Vanzetti A. e Di Cataldo V., *Manuale di diritto industriale*, Milano 2009;

Venuti M. C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in Europa dir. Priv. 2000;

Vettori G., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, Europa dir. priv. 2000;

Vettori G., *Contratto e concorrenza*, Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori, Padova 2005, 31 ss.

Vettori G., *Oltre il consumatore*, Persona e Mercato 2011;

Visintini G., *La reticenza nella formazione dei contratti,* Padova 1972;

Vigoriti L. G., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, Europa dir. priv., 2007;

Wilhelmsson T., *The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law*, in The need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives (a cura di J. Smits), Groningen / Amsterdam, 2005

Wilhelmsson T., *Conclusions*, in Howells-Micklitz-Wilhemson, European fair trading law, Ashgate, Aldershot (UK), 2006;

Wilhemsson T., *Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?*, Rivista crit. dir. priv. 2009;

Zeno-Zencovich V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, Giur. it. 1993;

Zeno-Zencovich V., *Consumatore (tutela del)*, Enc. giur. Treccani, VIII,Roma 1998;

Zeno-Zencovich V., *Verso un «diritto processuale dei consumatori*», in NGCC 2009;

Zoppini A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, Studi in onore di N. Lipari, Milano 2008;