UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

Tesi di dottorato

in

Diritto privato per l'Europa – area di Diritto civile
XXV ciclo

Le pratiche commerciali scorrette

Coordinatore e Tutor:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Candidato:
Enrico Labella

Anno Accademico 2012-2013

INDICE

Capitolo I

LA DIRETTIVA 2005/29

1. Il Libro verde sulla comunicazione commerciale e il Libro verde sulla tutela dei consumatori. p. 4

2. La direttiva. » 6

3. Segue. Il contenuto del divieto. » 11

4. Il recepimento della direttiva da parte dell'ordinamento italiano. » 13

5. Normativa sulle pratiche commerciali scorrette come disciplina dell'attività negoziale e come naturale completamento della normativa sulla tutela del mercato. » 17

6. Segue. La norma generale di cui all'art. 20 cod. cons. » 22

7. Pratiche commerciali ingannevoli. » 26

8. Pratiche commerciali aggressive. » 32

9. Casistica. » 37

Capitolo II

I SOGGETTI

1. Il consumatore. » 40

2. Segue. Il consumatore medio. » 44

3. I consumatori particolarmente vulnerabili. » 48

4. Le microimprese. » 50

5. Segue. Apertura al c.d. terzo contratto o al contratto asimmetrico? » 55

6. Il professionista. » 58

Capitolo III

GLI STRUMENTI DI TUTELA NEI CONFRONTI DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

1. Il procedimento innanzi all'Autorità *antitrust*. » 60

2. Segue. Il rapporto tra l'Agcm e le altre autorità. » 64

3. La tutela collettiva. Rinvio. » 66

Capitolo IV

I RIMEDI CIVILISTICI

1. Il dibattito intorno ai rimedi. p. 68

2. Uno sguardo al panorama europeo dei rimedi alle pratiche commerciali scorrette negli altri paesi europei. » 78

3. La nullità e il recesso. » 82

4. L'annullabilità. » 85

5. Segue. I presupposti per l'errore. » 86

6. Segue. I presupposti della violenza. » 91

7. Segue. I presupposti del dolo. » 93

8. Segue. Il risarcimento del danno. » 98

BIBLIOGRAFIA » 110

GIURISPRUDENZA » 126

Capitolo I
LA DIRETTIVA 2005/29

SOMMARIO: 1. Il Libro verde sulla comunicazione commerciale e il Libro verde sulla tutela dei consumatori. 2. La direttiva. 3. Segue. 4. Il recepimento della direttiva da parte dell'ordinamento italiano. 5. Normativa sulle pratiche commerciali scorrette come disciplina dell'attività negoziale e come naturale completamento della normativa sulla tutela del mercato. 6. Pratiche commerciali ingannevoli. 7. Pratiche commerciali aggressive.

1. *Il Libro verde sulla comunicazione commerciale e il Libro verde sulla tutela dei consumatori.*

La fase della comunicazione ha da sempre ricoperto un ruolo fondamentale nel processo di commercializzazione di beni e servizi. La fase comunicativa non si limita a rendere un'informazione agli utenti, ma, tramite modalità e contenuto del messaggio da diffondere, si inserisce nel processo decisionale del destinatario inducendolo a compiere una scelta volta non solo alla stipulazione di negozi giuridici, ma che coinvolge anche le sue abitudini di vita[1].

La comunicazione commerciale rappresenta, dunque, un tema di ricerca che coinvolge diverse discipline quali l'economia, la sociologia, la psicologia e il diritto, anche se, come è stato efficacemente evidenziato[2], la locuzione "comunicazione commerciale" sembra fare riferimento al solo settore delle vendite.

La comunicazione commerciale ha assunto, dunque, il ruolo di pilastro su cui l'Unione europea intende fondare il mercato unico, posto che essa «può rivelarsi un potente fattore di integrazione dei mercati nazionali», avendo il ruolo di «promuovere l'identità di una marca e di informare i clienti potenziali, rafforzando il

---

[1] A. MONTI, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. CATERINA, Torino, 2008, p. 15 s.

[2] C.A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, p. 191 s.

“posizionamento” desiderato per la marca o la società nonché fornendo informazioni adeguate sul prodotto o sul servizio offerto» (Libro verde della Commissione «La comunicazione commerciale nel mercato interno» - COM (96), 192 definitivo)[3].

Un primo nodo da sciogliere è quello di delineare i confini del concetto di comunicazione commerciale. Il Libro verde riconduce alla comunicazione commerciale ogni attività pubblicitaria, forma di *marketing*, promozione o sponsorizzazione e messaggi che in qualche modo siano legate alla presentazione o pubblicizzazione di beni e servizi.

Di primo acchito appare evidente che i confini del concetto stesso di comunicazione commerciale non possano essere marcati con precisione. La vaghezza è determinata, tuttavia, dalla varietà delle sfaccettature che contraddistinguono l’attività commerciale dei tempi moderni, caratterizzata soprattutto dalla continua evoluzione degli scambi commerciali e dall’avvento di canali interattivi sempre più variegati tramite i quali veicolare il messaggio commerciale.

La comunicazione è soltanto uno degli aspetti che contraddistinguono l’*attività commerciale*, ma essa ricopre un ruolo centrale nel Libro verde sulla comunicazione.

Più in particolare, il Libro verde sulla comunicazione commerciale nel mercato interno si concentra su un aspetto fondamentale nella dinamica commerciale, ossia quello della pubblicità qui però intesa non come fenomeno analizzato singolarmente. Ciò che rileva è, infatti, l’interazione tra il fenomeno pubblicitario e l’attività economica[4] posto che, nel mondo globalizzato e contraddistinto soprattutto dalla c.d. commercializzazione di massa, il messaggio pubblicitario assume una funzione basilare nell’economia d’impresa. La comunicazione commerciale, intesa come una qualunque forma di messaggio destinato a promuovere prodotti o servizi, ovvero a diffondere l’immagine dell’impresa produttrice, tra i consumatori agli altri operatori economici, si pone come pilastro su cui costruire le politiche di *marketing*.

La disciplina della pubblicità commerciale deve essere perciò intesa come parte del diritto della concorrenza. Più nello specifico, come si avrà modo di evidenziare nel

---

[3] L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, Milano, 2008, t. III, p. 439.

[4] ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 440.

prosieguo, la normativa sulla pubblicità (*rectius*: comunicazione) costituisce il naturale completamento della disciplina *antitrust*.

La comunicazione rappresenta, dunque, il momento più importante della commercializzazione dei prodotti o dei servizi offerti, capace di influenzare le decisioni degli altri operatori del mercato – consumatori e operatori professionisti – e, dunque, a modificare fino a distorcere il gioco del mercato[5].

Accanto al Libro verde sulla comunicazione commerciale, la Commissione europea, il 2 ottobre 2001 (in COM (2001) 531 def.), ha presentato il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea.

Il Libro verde sulla comunicazione commerciale e il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, unitamente al ricco materiale composto da relazioni, risoluzioni, gruppi di studio, ecc.[6], costituiscono la base sulla quale il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la direttiva 11 maggio 2005, n. 29 relativa alle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»[7], modificando la dir. 84/450/CEE del Consiglio e le dir. 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché il regolamento CE n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

2. La direttiva.

Alla luce di quanto sinora brevemente esposto, l'obiettivo della direttiva appare duplice: da un lato essa mira a tutelare i consumatori e la loro libertà di scelta, mentre dall'altro tutela la libera concorrenza Il secondo obiettivo non è, però, diretto: la direttiva riguarda, infatti, le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (e microimprese), ma distorcere la libertà di decisione dell'operatore economico più

---

[5] K. TENTORI, *Scienze cognitive e tutela del consumatore: il caso dell'effetto attrazione*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, cit., p. 33 s.

[6] Si veda, ad esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 luglio 1997 (GU C 286 del 22 settembre 1997).

[7] G.u.u.e., n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 s.

importante significa distorcere il gioco della concorrenza e, in ultima analisi, alterare le condizioni del mercato. La base giuridica della direttiva viene individuata nel solo art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE) e ciò rivela l'obiettivo dello strumento legislativo, ossia il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di assicurare il conseguimento di un elevato livello di protezione del consumatore e di consentire l'instaurazione e il mantenimento del completo e corretto funzionamento del mercato interno (art. 1 dir.), obiettivi raggiungibili solo tramite lo sviluppo di pratiche commerciali leali (*considerando* n. 1).

Le pratiche commerciali sleali (e la frammentaria disciplina dei singoli Stati membri) si pongono, a parere della Commissione, come un ostacolo alla libera negoziazione e commercializzazione di beni e servizi nel mercato comune. L'armonizzazione delle singole regolamentazioni del mercato sul versante delle pratiche commerciali sleali e della pubblicità ingannevole ha come risultato ultimo, dunque, quello di ampliare, diversificare e soprattutto migliorare l'offerta di prodotti e servizi soprattutto grazie all'incremento di sicurezza nel versante della commercializzazione e delle trattative.

Come già accennato, poi, le diverse discipline sulle pratiche commerciali sleali (o meglio, le conseguenti diseguaglianze di trattamento per gli operatori del mercato europeo) si pongono come un concreto ostacolo alla libera circolazione di beni e servizi. Lo strumento di armonizzazione minima utilizzato sinora dal legislatore europeo ha mostrato, dunque, tutta la sua inadeguatezza alla realizzazione di una disciplina unitaria nel mercato comune[8], sia per quanto riguarda i consumatori nel caso di negoziazioni transfrontaliere, sia per quanto riguarda i rapporti tra professionisti per il versante della disciplina sulla pubblicità ingannevole.

Secondo l'intento del legislatore europeo, dall'armonizzazione delle discipline sulle pratiche commerciali sleali deriva «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'Unione

---

[8] S. AUGENHOFER, *Ein Flickenteppich oder doch der große Wurf? Überle- gungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRV*, 2005, p. 205.

europea. 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» (*Considerando* n. 12)[9].

Come si avrà modo di evidenziare, l'opera di armonizzazione massima delle discipline dei singoli stati membri si è arenata sul versante della tutela individuale del consumatore che ha compiuto delle scelte commerciali sotto l'influenza di pratiche commerciali sleali.

La direttiva si compone di venticinque *considerando* – in cui si evidenziano le notevoli differenze tra le discipline degli Stati membri in ordine alle pratiche commerciali e alla pubblicità ingannevole –, ventuno articoli e due allegati, questi ultimi rispettivamente sulle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali e sulle disposizioni di diritto comunitario[10] che stabiliscono norme in materia di pubblicità e comunicazione commerciale.

La tecnica legislativa adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio si concreta nel delineare disposizioni precettive negative, ossia di descrizione delle pratiche ritenute di diritto sleali e quelle che si presumono sleali fino a prova contraria, regole di individuazione degli elementi indiziari la slealtà di una pratica commerciale, il relativo divieto e l'individuazione degli strumenti che rendano effettivo tale precetto. La direttiva non delinea, dunque, la pratica *leale*, neanche tramite l'individuazione di elementi che evidenzino la sua correttezza, né descrive fattispecie derogatorie al generale divieto.

---

[9] G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008, p. 6, evidenzia condivisibilmente che le profonde differenze tra gli ordinamenti impediscono agli operatori di adottare pratiche commerciali (e soprattutto campagne pubblicitarie) uniformi, costringendoli così a realizzare pratiche diversificate con il conseguente aggravio di costi e di rischi. Parimenti, per i consumatori la disarmonia tra le varie legislazioni si pone come un ostacolo alla contrattazione transfrontaliera dato che è impossibile per loro conoscere appieno i vari ordinamenti e, soprattutto, i vari strumenti di tutela.

[10] È opportuno un breve chiarimento terminologico. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e il superamento dell'ordinamento europeo basato sui tre pilastri, appare ormai scorretto riferimento all'ordinamento "comunitario". Più corretto appare il riferimento al "diritto europeo", alle "politiche europee" ecc., anche se merita di essere segnalata l'adozione della locuzione "diritto unitario" fatta da S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, p. 146 e da C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II ed. in corso di pubblicazione, p. 1 del dattiloscritto.

La direttiva delinea, dunque, un sistema fondato sul generale divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, intendendo la slealtà come contrarietà alle norme di diligenza professionale e idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico di un consumatore medio o di un determinato gruppo di consumatori ben individuabile e particolarmente vulnerabile. Sul binomio clausola generale-fattispecie esemplificative si tornerà a breve, ma per ora sia sufficiente evidenziare come la nozione di "pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno" (rubrica della direttiva) sia talmente ampia da ricomprendere una qualsiasi attività posta in essere dal professionista e indirizzata alla potenziale clientela e che temporalmente si colloca dalla fase del mero contatto tra i due operatori economici (tramite la *reclame*) a quella dell'esecuzione del contratto stipulato sotto l'influenza della pratica medesima.

Nel tentativo di dare un ordine sistematico al contenuto precettivo della direttiva, il legislatore europeo opera una sorta di *summa divisio* tra le pratiche commerciali che basano la loro slealtà sull'inganno e quelle che la fondano sull'aggressività della condotta del professionista.

Se, dunque, il tecnicismo e la puntigliosità dell'aspetto più sostanziale della normativa appare non lasciare margini di manovra per i legislatori nazionali in sede di recepimento, la stessa cosa non può dirsi per la parte procedimentale.

Essa si caratterizza per la convivenza di strumenti inibitori e sanzionatori accanto alla disciplina dei codici di condotta. L'aspetto più controverso appare essere però la mancanza anche solo di un accenno ai rimedi privatistici individuali per i quali il *considerando* n. 9 sancisce che l'adozione della direttiva non tocca la disciplina contrattuale vigente nei singoli ordinamenti, lasciando così ai legislatori nazionali la libertà di scelta del rimedio individuale da predisporre per il consumatore che ha compiuto negozi giuridici sotto l'influenza di pratiche sleali. Questa liberà di scelta ha prodotto, come si vedrà nel prosieguo, un risultato ben lungi da quello di armonizzazione massima voluto dal legislatore europeo.

La già richiamata vastità del tema affrontato dalla direttiva accentua un suo punto dolente, ossia il mancato coordinamento tra gli artt. 1-13 dir. e il resto del diritto

europeo[11]. Il legislatore europeo ha già disciplinato in diversi e specifici campi i vincoli e le limitazioni a comportamenti o condotte tenute dagli operatori nell'attività di commercializzazione dei loro prodotti e servizi, adottando un approccio "verticale", ossia rivolgendosi a determinati settori, ovvero determinate categorie di beni e servizi. La direttiva 05/29 ha, invece, un approccio "orizzontale", avendo come contenuto quello generale della disciplina delle pratiche commerciali sleali, assurgendo dunque a "direttiva quadro"[12]. Da qui, dunque, la questione del coordinamento con le norme speciali la cui soluzione è relegata dalla direttiva al solo *considerando* n. 10 che limita l'applicabilità della direttiva 05/29 ai soli casi in cui in cui i settori non siano già disciplinati da norme specifiche.

La questione sembra risolversi solo apparentemente tramite l'enunciazione espressa della regola *lex specialis generalis derogat* poiché il quinto comma dell'art. 5 dir. prescrive che: «Per un periodo di sei anni a decorrere dal 12 giugno 2007 gli Stati membri possono continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla presente direttiva nel settore da essa armonizzato, in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione. Tali misure devono essere essenziali al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori da pratiche commerciali sleali e devono essere proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo. La revisione di cui all'articolo 18 può, se ritenuto opportuno, comprendere una proposta intesa a prorogare questa deroga per un ulteriore periodo limitato». Il sistema appare, dunque, più complicato.

Fino alla ormai imminente data del 12 giugno 2013, i singoli Stati membri potranno continuare ad adottare disposizioni già esistenti purché abbiano un contenuto più rigoroso e vincolante rispetto a quello della direttiva 05/29, siano di recepimento di altre normative europee e, soprattutto siano *essenziali* al raggiungimento di una più elevata tutela dei consumatori e *proporzionate* al raggiungimento di tali finalità. In difetto di questi elementi, il legislatore nazionale avrebbe dovuto abrogare le disposizioni configgenti con quelle della direttiva 05/29.

---

[11] Problema segnalato da DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, cit., p. 29 s.
[12] O. SOSNITZA, *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in *WRP*, 2008, p. 2 s.

A ciò deve aggiungersi che la direttiva 05/29 fa riferimento alle pratiche commerciali sleali verso i consumatori e non tra imprese (per le quali rientra in questa direttiva solo il fenomeno della pubblicità ingannevole) e che per le c.d. "professioni regolamentate", l'art. 3, co. 8, dir. autorizza gli Stati membri a mantenere le disposizioni già esistenti contemplando la possibilità di introdurre deroghe più protettive nei riguardi dei consumatori nei settori dei servizi finanziari e dei beni immobili (art. 3, co. 9, dir.)[13].

Le disposizioni appena descritte hanno il pregio di evidenziare, dunque, quanto già anticipato in ordine al fatto che la direttiva si propone il raggiungimento di un grado di armonizzazione massimo e completo, non consentendo perciò una deroga *in melius* a tutela del consumatore[14], ma che l'obiettivo appare ben lungi dall'essere stato raggiunto.

3. *Segue. Il contenuto del divieto.*

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali rappresenta un elemento di autentica novità nel panorama legislativo europeo, sia perché disciplina un fenomeno così vasto da ricomprendere ogni comportamento deputato alla commercializzazione di prodotti e servizi ai consumatori, sia per alcuni aspetti che sono stati definiti non solo innovativi, ma addirittura rivoluzionari[15].

L'aspetto più importante appare essere la dimensione soggettiva della direttiva. Essa mette al centro non direttamente il mercato (e la finalità di tendere il più possibile alla concorrenza perfetta), ma il suo operatore economico più importante: il consumatore. Più in particolare, la direttiva, imponendo un *duty of care* nei confronti dei consumatori, specialmente se vulnerabili, dà rilevanza giuridica esterna al comportamento commerciale che gli operatori commerciali che trascende (e prescinde)

---

[13] AAVV, *Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009)*, in *Conc. merc.*, 2010, a cura di A.M. GAMBINO, V. FALCE e A. STAZI, p. 223 s.

[14] V., tra i tanti, L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 522 o, nella letteratura straniera, J. STUYCK, - E. TERRYN – T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market L.R.*, 2006, p. 107 s.

[15] ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 96.

dal rapporto diretto professionista-singolo consumatore[16] e che impone di sanzionare il primo per il sol fatto di aver posto in essere una pratica sleale.

Perché il *duty of care* imposto dalla direttiva sia concreto ed efficace, occorre definire il concetto stesso di pratica commerciale sleale, partendo proprio dalla sua qualificazione, ovvero la *slealtà*.

È stata già evidenziata la difficoltà di ridurre ad un *unicum* la figura di pratica commerciale sleale data la vastità del comportamento che il legislatore europeo vuole sanzionare. Se non è possibile partire "dal basso", ossia dalla sintesi delle pratiche commerciali oggetto del divieto, l'unica via praticabile per giungere a un accettabile grado di certezza giuridica nell'interpretazione del fenomeno è quella di delineare il più precisamente possibile il concetto di slealtà.

Come già anticipato, secondo l'art. 5, co. 2, dir., una pratica commerciale è sleale se è contraria alle norme di diligenza professionale e se è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

Appare del tutto evidente che una pratica commerciale è efficace se influenza la scelta del consumatore indirizzandola verso l'acquisto di beni o la fruizione di servizi di chi pone in essere la pratica. Questo quadro è volutamente approssimativo poiché le dinamiche commerciali sono assai più complesse, ma aiuta a comprendere – almeno per il momento – che l'oggetto della direttiva non sono le pratiche commerciali in quanto tali (del resto la capacità di influenzare è il cuore del *marketing*[17]), ma solo quelle che raggiungono un grado di incisività tale, tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale, da *distorcere* la capacità decisionale del consumatore facendogli assumere una decisione che, in mancanza dell'elemento di "disturbo", sarebbe stata diversa.

Il quadro appena delineato rievoca il dibattito intorno al rapporto tra *dolus malus* e *dolus bonus* (che verrà ripreso nella trattazione sui rimedi individuali) giacché, anche in questo caso, il *discrimen* tra la condotta sanzionata con il rimedio invalidatorio e quella tollerata appare essere quello del grado di incisività della condotta stessa.

---

[16] ORLANDO, *ibidem*, p. 99, definisce questo fenomeno come "dimensione meta-individuale" della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

[17] V. G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., p. 363.

Il *considerando* n. 6 espressamente evidenzia come la direttiva 05/29 lascia impregiudicate le pratiche pubblicitarie «generalmente ammesse», riproponendo il ricorso alla prassi commerciale come criterio di valutazione della slealtà della pratica (come per la valutazione in campo contrattuale del *dolus bonus*), includendo in questo gruppo il *product placement* consentito (ossia il posizionamento del prodotto in scene cinematografiche o televisive, previo avviso alle utenze della presenza di questa pratica) e la differenziazione del marchio e la sua evidenziazione.

Il legislatore europeo, avendo ben chiaro che le moderne pratiche commerciali si concretano in una serie di attività, protocolli, ecc, tese a influenzare il comportamento economico dei consumatori[18], ha inteso sanzionare solo quelle pratiche "eccessivamente incisive", ossia che raggiungono il risultato distorsivo tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale.

4. *Il recepimento della direttiva da parte dell'ordinamento italiano.*

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali è stata introdotta dal legislatore nazionale con il d.lgs. 2 agosto 2007 n. 146 tramite la modifica degli artt. dal 18 al 27 cod. cons. (che prima accoglievano le norme in materia di pubblicità ingannevole ora disciplinate dal d. lgs. 2 agosto 2007 n. 145) ed introducendo gli artt. 27 *bis*, *ter* e *quater*. La scelta di espungere dal codice del consumo le norme sulla pubblicità ingannevole che avevano come destinatari non i consumatori, bensì le imprese ha l'effetto di sanare la loro originaria collocazione sistematica nel d.lgs. 206/2005 che appariva non corretta[19].

L'atto di recepimento modifica, inoltre, il qualificativo originario adottato dalla direttiva da *pratica commerciale "sleale"* a *pratica commerciale "scorretta"* al fine di

---

[18] P. KOTLER e K. KELLER, *Marketing management*[12], a cura di W.G. SCOTT, trad. it. A cura di F. SARPI, Milano, 2007, p. 7 s.

[19] Per C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 731, la scelta di espungere la disciplina della pubblicità ingannevole dal codice del consumo si è rilevata quanto meno opportuna e pone rimedio a una "frattura" evidenziata da diversi commentatori riguardo a una normativa non direttamente finalizzata alla tutela del consumatore.

evitare una possibile (ma invero improbabile) confusione con la disciplina dettata in materia di concorrenza sleale dagli artt. 2598 e s. c.c. [20]

---

[20] Nonostante la normativa sia piuttosto recente, la bibliografia nazionale e internazionale sulle pratiche commerciali scorrette è assai ampia, ma quasi tutta sviluppatasi dopo almeno due anni dall'entrata in vigore della direttiva. L. ROSSI CARLEO e E. MINERVINI, *Premessa*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, p. XV, evidenziano una sorta di «congiura del silenzio» rilevando come la dottrina non avesse compreso appieno l'importanza della nuova disciplina. Ad ogni modo, volendo tratteggiare una bibliografia in materia, vanno segnalati, tra gli altri: AAVV, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Pracices Directive*, a cura di G. HOWELLS - H.W. MICKLITZ – T. WILHELMSSON, Ashgate, 2006; A. GENTILI, *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, in *Contratti*, 2006, p. 171 s.; AAVV, *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007; AAVV, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 44 s.; F. MASSA, *Pratiche commerciali scorrette* (Voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2007; F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali delle imprese*, in *Disciplina comm.*, 2007, p. 37 s.; C. GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1113 s., ora anche in *Codice del consumo*[2], a cura di E.M. TRIPODI e E. BATTELLI, Milano, 2008, 153 s.; AAVV, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit.; AAVV, *Il codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *NGCC*, 2008, p. 477 s.; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm*. 2008, I, p. 762 s.; C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. inf.*, 2008; M. RABITTI, *Sub art. 20 cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Torino, 2009, p. 141 s.; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 775 s.; A. GIANOLA, voce *Pratiche negoziali sleali*, in *Digesto disc. priv. Sez. civile*, Agg., 2009, 1 s.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *NGCC*, 2009, p. 1061 s.; ID., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010; G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto e dell'attività*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, p. 8 s.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 685 s.; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 1117 s.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e* invalidità, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA e A. PLAIA, Milano, 2011, p. 143 s.; T. BROGGIATO, *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: prospettive evolutive del quadro normativo di riferimento*, in *Riv. bancaria*, 2011, p. 77 s.; G. DE CRISTOFARO, *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, in *Riv. bancaria*, 2011, p. 66 s.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, *Contr. impr*, 2011; P. FATTORI, *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. bancaria*, 2012, p. 98 s.; F. FERRO LUZZI, *Le pratiche commerciali scorrette dal punto di vista di un arbitro bancario finanziario: il paradosso dell'inversione della fattispecie*, in *Riv. bancaria*, 2012, p. 102 s.; B. BLASCO, Spam *e pratiche commerciali scorrette*, *Contr. impr*, 2012, p. 967 s.; E.A. TRITTO, *Pratiche commerciali scorrette nel contratto di viaggio: gli orientamenti dell'AGCM*, in *Danno e resp*., 2012, p. 469 s.; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1079 s. e G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, in corso di pubblicazione.

La scelta del legislatore nazionale di sostituire le disposizioni sulla pubblicità ingannevole con quelle sulle pratiche commerciali scorrette persegue la *ratio* di disciplinare separatamente un fenomeno almeno in parte coincidente in funzione dei diversi destinatari dello stesso. Dopo l'entrata in vigore dei dd.lgs. 145 e 146 del 2007, la pubblicità ingannevole, se rivolta esclusivamente ai professionisti, è disciplinata dal d. lgs. 145 mentre, se rivolta ad un consumatore, integra quei comportamenti che, contrari alla diligenza professionale, sono idonei a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di un consumatore medio ovvero di un gruppo di consumatori particolarmente sensibili in relazione al prodotto che essi intendono acquistare, rientrando nelle novelle previsioni del codice del consumo[21].

La materia ha subito una modifica assai significativa, che potrebbe riservare delle ricadute notevoli di chiave sistematica, ad opera dell'art. 7 d.l. 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, il quale ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette oltre i rapporti tra professionisti e consumatori includendovi anche quelli tra professionisti e "microimprese"[22]. Fa capolino, dunque, sulla scena del diritto privato europeo, un nuovo attore identificato dal d.l. 1/12 con le «entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non

---

[21] R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 480 s., spec. p. 483, invero, evidenza come una così netta divisione sul piano meramente soggettivo non corrisponda a una divisione sul piano dell'interesse protetto. I diversi interessi dei destinatari (consumatori – e microimprese – e professionisti) sono assorbiti dal prevalente e unitario interesse che la disciplina in esame intende tutelare, ossia quello del corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Secondo tale condivisibile lettura, l'applicazione di una disciplina rispetto all'altra sarebbe un problema di legittimazione ad agire per la tutela dell'interesse leso.

[22] Il legislatore nazionale è intervenuto sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette altre due volte. *In primis*, con l'art. 22, l. 23 luglio 2009, n. 99, è stato introdotto l'art. 22 *bis* cod. cons. che specificamente disciplina la pubblicità ingannevole nelle tariffe marittime. *In secundiis*, con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni con la l. 22 dicembre 2011, n. 214 (poi ancora modificato con il d.l. 1/12) è stato aggiunto il comma 3 *bis* all'art. 21 cod. cons. per cui è considerata scorretta la pratica commerciale di una banca o intermediario finanziario che pone come condizione dell'apertura di un conto corrente bancario la sottoscrizione di una polizza assicurativa stipulata con la stessa banca.

superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003»[23].

Con una novella apparentemente semplice la legislazione consumeristica si è aperta anche alla tutela delle piccole imprese (*rectius*: microimprese, ma il termine appare di primo acchito fortemente approssimativo perché non ancorato a criteri di identificazione precisi, come invece provvede a fare la versione originale dell'art. 7, co. 2, della *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* con riguardo alla figura della piccola e media impresa[24]) che finora dottrina e giurisprudenza si erano spesi per escludere, restringendone la tutela alle sole ipotesi espressamente previste, come l'abuso di posizione dominante e il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali.

Alla luce del recente intervento novellativo, il sistema delineato dai dd. lgs. 145 e 146 del 2007 appare essere il seguente.

a) Una qualsiasi pratica commerciale (comprendente anche la pubblicità) che coinvolge i consumatori è disciplinata dal Titolo III del codice del consumo;
b) Una pratica commerciale che si concreta nella pubblicità e che coinvolge le microimprese è disciplinata dal d.lgs. 145/07;

---

[23] Come si avrà modo di evidenziare *infra* Cap. II, § 4, l'art. 7 del d.l. 1/12 recava una definizione di microimpresa ben più ampia, limitandosi a descrivere questo nuovo soggetto come una «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» senza predisporre alcuna limitazione di carattere qualitativo o di fatturato/bilancio annuo. Il riferimento alla "microimpresa" non è del tutto sconosciuto all'ordinamento italiano essendo stato già utilizzato, ad es., in tema di credito al consumo e alle imprese. Sul punto v. G. MORELLI, *Credito e imprese – credito e microimpresa: le esperienze di tre provincie italiane*, in *Riv. banc.*, 2006, p. 30 s.; L. BENVENUTO, *La nozione di "microimpresa", di "piccola" e di "media impresa" negli aiuti alle attività produttive*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2213 s.; G.R. STUMPO, *La definizione di microimpresa e Pmi*, in *Riv. dir. prat. soc.*, 2003, p. 43 s.; S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 409 s., spec. p. 431 s.

[24] La Proposta è ovviamente soggetta a emendamenti e modifiche continue. Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, I ed. agg., Torino, 2012, p. 275-276; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv*., 2012. p. 289 s.; ID., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles*, ivi, 2011, p. 837 s.; O. LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regutation on a Common European Sales Law*, in *ERPL*, 2011, p. 717 s. e, su un confronto tra il modello europeo di vendita transfrontaliera e quello di diritto internazionale privato v. A. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa dir. priv*., 2012, p. 995 s.

c) Una pratica commerciale diversa dalla pubblicità e che coinvolge le microimprese è disciplinata dal Titolo III del codice del consumo[25];
d) Una pratica commerciale che si concreta nella pubblicità e che coinvolge solo operatori professionisti è disciplinata dal d.lgs. 145/06.

Secondo la nuova formulazione del Capo II del codice del consumo, il comportamento del professionista contrastato dall'ordinamento non si concreta più solamente nella diffusione della pubblicità ingannevole, ma ingloba una gamma ben più ampia di azioni e di omissioni quali, ad esempio, dichiarazioni commerciali o contegni tenuti dal professionista o dai suoi commessi, institori, procacciatori d'affari, ecc., al fine di promuovere e vendere un prodotto o un servizio a un consumatore, ovvero a un gruppo di consumatori (e microimprese, ma per semplicità di trattazione, nel prosieguo si farà riferimento solo ai consumatori).

Anche in sede di recepimento, dunque, la differenza con la disciplina previgente è lampante: ora la specola non è più quella esclusiva del messaggio pubblicitario (che continua, comunque, a rivestire un'importanza primaria), ma quella di un *qualsiasi comportamento* positivo o negativo, attivo o passivo, idoneo a falsare in maniera rilevante le scelte di un soggetto che, non entrando in contatto con il commerciante come suo pari ma come un consumatore di media accortezza e conoscenza, può non avere quella dimestichezza con le pratiche del commercio che gli consentirebbero una serena ed obiettiva scelta sul *se* contrarre e a quali condizioni[26].

5. *Normativa sulle pratiche commerciali scorrette come disciplina dell'attività e come naturale completamento della normativa sulla tutela del mercato.*

Dalla breve panoramica appena compiuta appare evidente che la *ratio* dell'intera disciplina risiede nella regolazione dell'attività commerciale entro i confini delineati

[25] Riguardo alle lettere *b)* e *c)*, come si evidenzierà nel prosieguo, il coinvolgimento della microimpresa rileva solo se essa è destinataria della pratica e non già il soggetto che la mette in pratica.

[26] V. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, cit., p. 37 s.

dalla buona fede e dalla correttezza. Si può anzi affermare con decisione che il concetto di *regolazione dell'attività* rappresenti la chiave di lettura più adeguata a cogliere il senso complessivo della normativa sulle pratiche commerciali[27], tenendo peraltro conto che qui la categoria "attività" abbraccia non soltanto tutte le condotte strettamente funzionali alla conclusione di contratti di vendita di beni o di svolgimento di servizi, ma anche tutte le azioni ed omissioni che, in maniera diretta o indiretta, possono influenzare (o forse sarebbe più opportuno dire: distorcere) la libertà di scelta del consumatore medio[28] entrato anche potenzialmente in contatto con il professionista, a prescindere dalla stipulazione o meno di un contratto[29]. Da ciò la centralità dell'azione inibitoria che, a stretto rigore, non è un rimedio contrattuale ma un mezzo di tutela dell'ordine pubblico economico incentrato sul contrasto dei contegni che lo intacchino.

---

[27] GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., p. 4 s. del dattiloscritto (da cui le prossime citazioni). L'A. esclude che al centro della normativa vi siano non solo singoli specifici atti, ma anche comportamenti e ciò sulla scorta dei continui riferimenti della normativa all'attività, ma anche di altri elementi: «Il nesso tra pratica commerciale e codice di condotta, indicativo non solo (e non tanto) perché è certa la vocazione di quest'ultimo a disciplinare un'attività, ma anche (e soprattutto) in considerazione del fatto che già dalla definizione data nell'art. 18, lett. f), cod. cons. si evince il carattere non puntuale ed episodico della pratica, espressione – per l'appunto – di un'attività. Fa, poi, riflettere il concetto di "diligenza professionale", che – stando all'art. 18, lett. h) – non è metro per valutare il comportamento nello specifico posto in essere da un contraente, ma criterio atto ad apprezzare ciò "che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti". Indicativo è, altresì, l'art. 19 cod. cons., per il collegamento istaurato tra pratica commerciale ed "operazione commerciale relativa a un prodotto", la prima riguardando l'antecedente, il durante e il dopo la seconda». Sul rilievo giuridico e i caratteri dell'azione v. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 48 s., soprattutto in ordine all'impossibilità di tipizzare l'*agere* commerciale dei professionisti e alla differenza tra l'atto (dimensione statica) e l'azione (dimensione dinamica), rievocando così gli studi di SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione*, Napoli, 1970.

[28] Sulla nozione di consumatore medio v. in dottrina, tra gli altri, ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., p. 707, ma anche p. 688, per cui la figura di consumatore assurge a parametro di valutazione della diligenza professionale (su cui *infra* cap. II, § 2) e di individuazione dei limiti entro i quali può esplicarsi liberamente la modalità dell'offerta. V. anche N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LXII, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, p. 1 s.: C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, p. 734 s.; C.E. MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 282 s.; M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, I, Milano, 2009, p. 101 s.; V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in *www.orizzontidelcommerciale.it* e TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 65, in cui l'A. si sofferma particolarmente sulla figura del c.d. "agente modello". In giurisprudenza v. Corte giust. 19 settembre 2006, 1998, C-356/04, in *Racc.*, 2006, I, p. 8501, § 78, Corte giust. 19 aprile 2007, C-381/05, cit., § 23, in *Dir. ind.*, 2007, p. 386 s., con nota di M. FUSI.

[29] SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 8 s.

La prospettiva si sposta, dunque, dall'*atto* negoziale all'*attività*[30] intesa come fenomeno tramite il quale gli operatori del mercato compiono le loro scelte commerciali o, se si vuole, intesa come architrave dell'economia. Tramite la regolazione dell'attività di chi offre beni e servizi agli altri operatori – e in special modo al soggetto economico più esposto, ossia il consumatore – l'ordinamento regola il corretto funzionamento del mercato in ottica concorrenziale, o meglio, detta una disciplina di strutturazione e di conseguente protezione del mercato interno[31].

Lo spostamento dell'asse prospettico dall'atto all'attività non deve però indurre a sottovalutare l'incidenza che l'attività del professionista esercita sugli atti che conseguentemente il consumatore pone in essere o su quelli che non pone. È proprio l'art. 18, lett. *m*), cod. cons. – come modificato dal decreto legislativo di recepimento della dir. 05/29 – che, nel delineare la definizione di «decisione di natura commerciale» presa dal consumatore sotto l'influenza della pratica scorretta, fa riferimento alla scelta di acquisto o meno del prodotto, alle modalità e alle condizioni dell'acquisto stesso, nonché al *quantum* e alle modalità di pagamento del prezzo[32]. Se dunque la *ratio* della disciplina europea dettata in materia di pratiche commerciali scorrette consiste nel garantire il corretto funzionamento del mercato, si può ritenere corretto affermare che tale disciplina «è intesa ad assicurare una tutela preventiva e generale delle pre-condizioni di negozialità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori, a fronte della valutazione dell'esistenza di circostanze ostacolanti

---

[30] ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., p. 699 s.

[31] Per GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 777, «il nostro legislatore si è mosso nell'ottica di predisporre "sanzioni" e "mezzi" volti alla tutela (non già del singolo consumatore concretamente vittima di una "pratica commerciale scorretta", bensì) solo del mercato e, con esso, dei consumatori collettivamente considerati, nonché, indirettamente, anche dei concorrenti "corretti che su detto mercato operano». In altre parole, dalla mancanza di un'indicazione precisa del rimedio individuale alle pratiche commerciali scorrette e dalla disciplina dei soli rimedi amministrativi e inibitori si desume che l'interesse tutelato dal legislatore europeo è quello del corretto funzionamento del mercato interno. Per L. DI NELLA, *La tutela dei consumatori*, in *Il diritto della distribuzione commerciale*, a cura di L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, Napoli, 2008, p. 141, identifica lo scopo della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nella «protezione diretta del consumatore e indiretta della concorrenza».

[32] CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 147, evidenzia, infatti, come la nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette dia rilievo al solo possibile "contatto" tra impresa e consumatore, a prescindere dalla conclusione di un eventuale contratto. Per TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 77, «si può riscontrare, d'altronde, un momento nel quale si esce dalla massa indistinta dei consumatori ed occorre valutare se, e quanto, la scorrettezza di una pratica abbia potuto influenzare la scelta di un singolo e ben determinato soggetto».

consistenti nelle pratiche commerciali sleali o scorrette largamente diffuse nel mercato»[33]. Il corpo normativo in esame costituisce il naturale completamento della regolazione del mercato[34] – in cui già figura il diritto della concorrenza e quello dei consumatori fin'ora sviluppato – realizzata nell'ottica preferenziale del contratto, inteso non già come atto negoziale – ma lo si è già chiarito – bensì come relazione contrattuale, in quanto *luogo* nel quale si concreta il divario di forza tipico del rapporto tra professionista e consumatore ovvero tra professionista "forte" e professionista "debole"[35]. La tutela del corretto funzionamento del mercato non potrebbe d'altro canto essere affidata esclusivamente alle *public policies* ma implica necessariamente la regolazione dell'attività di commercializzazione e la regolazione dell'attività contrattuale conseguente[36]. Il mercato si risolve in un intreccio di contratti e il suo corretto funzionamento presuppone il concorso di due condizioni: una concorrenza effettiva e leale tra le imprese[37] e la correttezza di queste ultime specie sul versante della preservazione dell'autenticità e della consapevolezza dei comportamenti economici di consumatori e microimprese[38].

---

[33] ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 150.

[34] Per M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contr. impr*, 2009, p. 81, la dir. 05/29 rappresenta proprio lo strumento con cui il legislatore europeo colma «una lacuna, propria di molte discipline nazionali della concorrenza sleale, nella previsione di tutele dirette dei consumatori e delle loro associazioni». *Contra* ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 436, per cui vi è una vera e propria rottura con la normativa in tema di pubblicità ingannevole giacché in quest'ultima disciplina la *ratio* era l'interesse dell'imprenditorie o del professionista e, più in generale, l'interesse pubblico a un mercato corretto, mentre la dir. 05/29 mette in primo piano la tutela del consumatore. Per uno commento quantomeno scettico a questa impostazione v. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., p. 5. La complementarietà tra l'interesse protetto dalla disciplina in esame con quello dei divieti *antitrust* è anche evidenziata espressamente da A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 300.

[35] L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, p. 102.

[36] CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 149, formula la condivisibile ipotesi per cui la disciplina delle pratiche commerciali scorrette costituisce una forma di allontanamento del diritto dei consumi dal diritto dei consumatori per avvicinarsi a un modello di disciplina delle imprese e, soprattutto, del mercato. Per GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., *passim*, spec. p. 6 s., la distanza dal terreno contrattuale è marcata con chiarezza – incolmabile per l'A. – dal *considerando* n. 9 dir. 05/29 e dall'art. 19, co. 2, cod. cons.

[37] Sulla connotazione prevalentemente pro-concorrenziale del diritto privato di origine europea v. soprattutto Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 99 s.

[38] È l'analisi, del tutto condivisibile, di ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 151, sulla scia di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 21 s. e

Nel dettare la disciplina delle pratiche commerciali sleali, il legislatore europeo, in maniera assai curiosa e in netta discontinuità con il passato, ha abbandonato il tradizionale approccio "rimedio-centrico" affidando la scelta dello strumento di tutela del consumatore ai legislatori nazionali[39] (scelta quanto mai libera, ma che deve ispirarsi ai canonici principi dettati dalla direttiva quali quelli dell'effettività, proporzionalità e dissuasività dei rimedi privatistici contro le pratiche vietate). Forte di questo margine di discrezionalità, il legislatore delegato italiano ha dapprima sancito il divieto di pratiche commerciali scorrette (comma 1 dell'art. 20 cod. cons.), successivamente ha inserito una norma di definizione generale della pratica da considerarsi scorretta (comma 2 del medesimo articolo) per poi indicare i presupposti per i quali una pratica debba considerarsi scorretta (tramite la non esaustiva declinazione in *pratiche commerciali ingannevoli* e *pratiche commerciali aggressive*) cui fa seguito un puntuale e puntiglioso elenco di fattispecie esemplificative delle pratiche da considerarsi in ogni caso scorrette.

Con questo sistema, il legislatore nazionale, se da un lato si è preoccupato di dettare una norma di carattere generale e di enucleare analiticamente tutti i presupposti del carattere scorretto della pratica, dall'altro lato, quasi smentendo la portata della norma definitoria elastica a favore dell'approccio analitico, si dilunga tipizzando comportamenti qualificati come pratiche commerciali scorrette in maniera assai precisa. La minuziosità della lista rischia, tuttavia, di rendere ben presto, sulla spinta dell'evoluzione della prassi commerciale, sempre più rilevante la norma generale al fine di scongiurare il pericolo di una repentina obsolescenza della disciplina. L'elencazione puntigliosa non appare in definitiva uno dei pregi della disciplina in esame, né sul lungo

---

ID., *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 c.c.*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. BELVEDERE e G. GRANELLI, Padova, 2001, p. 30 s.

[39] La così vasta libertà di scelta del rimedio che ha lasciato il legislatore europeo risulta quanto mai significativa se posta in relazione alla circostanza che lo stesso, nel disciplinare le pratiche commerciali sleali, ha scelto la via dell'armonizzazione completa, ossia non lasciando margini di manovra per innalzare o diminuire la tutela del consumatore prevista dalla direttiva. Sul punto v. S. WHITTAKER, *The relationship of un fair commercial practices directive to European and National Contract Law*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practicies under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, a cura di S. WATHERILL e U. BERNITZ, Oxford, 2007, p. 141 s.; DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 34 s.; MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 478 s. e PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1119.

periodo una garanzia dell'efficace (e, pertanto, anche agevole) tutela del consumatore, anche se una tale scelta redazionale si giustifichi nel breve periodo come lo strumento per agevolare l'armonizzazione quanto più piena dei diritti nazionali: un'armonizzazione che, tanto la generalità della norma definitoria, con l'inevitabile successiva concretizzazione ad opera dell'interprete, quanto l'inedita timidezza sul fronte rimediale, certamente non concorrono a realizzare (o per lo meno non in maniera compiuta).

A ciò si aggiunga che dall'analisi delle ventitré fattispecie tipiche di pratiche ingannevoli (al netto delle sottodeclinazioni) e delle otto fattispecie tipiche di pratiche commerciali aggressive emerge il rischio di aporie con le norme di carattere generale. Da un lato, il legislatore delegato identifica infatti i presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale è idonea a falsare le scelte economiche di una classe di individui e dall'altro lato prevede fattispecie che *in ogni caso* vanno considerate aggressive o ingannevoli. Proprio la locuzione *in ogni caso* potrebbe essere interpretata, piuttosto che come indicazione testuale del carattere certamente scorretto delle pratiche commerciali tipizzate, come formula contratta della locuzione *a prescindere dai casi previsti dalla normativa appena dettata*, ossia a prescindere dal requisito della scorrettezza della pratica commerciale così come definito dagli indici appena predicati: in tal modo si considererebbe vietata una pratica che non esibisce i tratti oggettivi della scorrettezza e che diverrebbe proibita soltanto in forza di un'espressa previsione di legge. Inevitabile il quesito: perché una pratica commerciale che *non* è idonea a falsare il libero convincimento economico di un consumatore dovrebbe essere *in ogni caso* vietata?

6. *Segue. La norma generale di cui all'art. 20 cod. cons.*

Sul rapporto tra norma generale e fattispecie speciali le linee di pensiero sono due: una affida alla norma generale un valore residuale rispetto alle singole fattispecie e come tale destinata ad acquistare importanza con l'evoluzione dei mercati e il

conseguente sviluppo di nuove pratiche commerciali[40]; l'altra invece individua nell'art. 20 cod. cons. una clausola generale alla quale viene assegnato un ruolo centrale e rispetto alla quale le ipotesi tipiche vanno considerate alla stregua di un mero elenco esemplificativo[41].

L'apparente contrasto potrebbe essere composto percorrendo la via che assegna sì alla clausola generale contenuta nell'art. 20 cod. cons. un ruolo centrale attorno al quale ruoterebbero le singole fattispecie tipiche in funzione esemplificativa, ma che riconosce a queste ultime anche un effetto specifico, ossia quello di agevolare il consumatore sul versante dell'onere della prova dell'influenza di quel particolare comportamento del commerciante sulla libera formazione della volontà del consumatore in ordine sia al *se* sia al *come* della negoziazione. Sul versante della responsabilità del professionista (contrattuale, ma su cui ci si soffermerà nel prosieguo) – e se è per questo anche sul versante degli altri rimedi compatibili con le caratteristiche della specifica pratica – ciò si tradurrebbe in un vantaggio di cui godrebbe il consumatore sul versante della prova della scorrettezza di una pratica, o meglio, in un aggravio per il professionista sul versante della prova contraria (che già gli artt. 23 e 26 cod. cons. escludono per le fattispecie ivi descritte)[42].

L'interpretazione suggerita completa così la già segnalata linea di pensiero che assegna al binomio clausola generale/fattispecie tipiche il ruolo di salvaguardia della disciplina dall'usura del tempo nell'orizzonte economico-commerciale. Il contrasto tra

---

[40] Per G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della "scorrettezza"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 120, la norma di carattere generale avrebbe carattere sussidiario rispetto alla lista nera e sarebbe destinata, così, ad assumere una crescente importanza via via che l'evoluzione del mercato renderà obsolete le previsioni tipiche. Tale impostazione è quella maggiormente accolta dalla dottrina con il risultato di invertire l'ordine dei commi dell'art. 20 cod. cons.; rispetto a tale impostazione, si schiera anche RABITTI, *sub art. 20 cod. cons.*, cit., p. 146 e 147.

[41] Di LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 2009, p. 77 s.

[42] TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., 781 s., riconoscendo il «diritto fondamentale» come un interesse giuridicamente rilevante dei consumatori, ravvisa gli elementi del danno ingiusto *ex* art. 2043 c.c. qualora un professionista compia una pratica commerciale scorretta a danno dei primi qualificando la responsabilità come extracontrattuale (ma *contra* S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 781 s.) nel cui giudizio di accertamento il consumatore sarebbe agevolato – per ciò che concerne l'onere della prova del carattere scorretto della pratica commerciale – tramite le presunzioni disciplinate negli artt. 23 e 26 cod. cons. Sulla natura contrattuale della responsabilità del professionista v. *infra* Cap. 4, § 8.

la teoria che reputa centrale il ruolo della clausola generale e quella che le affida una mera funzione sussidiaria sembra, infatti, superabile se si osserva il regime in esame in un'ottica dinamica.

Se da un lato, infatti, appare corretto in punto tanto di sistema quanto di logica porre al centro della normativa la clausola generale in cui si identificano i caratteri di una pratica commerciale scorretta[43], dall'altro lato, ove il comportamento del professionista dovesse integrare una delle fattispecie tipiche identificate come in ogni caso scorrette dal legislatore, l'interprete verrà esonerato dalla verifica se l'attività o l'omissione, in spregio dei canoni di buona fede e di correttezza professionale, abbia influito sul libero convincimento del consumatore in modo da incidere sulle sue scelte in maniera rilevante. A ben vedere, viene in tal modo confermata la centralità della violazione della buona fede e correttezza professionale che alteri il processo decisionale del consumatore in quanto presupposta dal legislatore nelle fattispecie tipiche e tema specifico di prova in tutti gli altri casi[44].

Il riferimento alla correttezza delle pratiche commerciali contenuta nella disciplina recepita negli artt. 18 e s. del codice del consumo fa il paio con l'art. 39 dello stesso codice[45] laddove esso prescrive che: «Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua

---

[43] La clausola generale conterrebbe una sintesi degli elementi caratterizzanti le singole fattispecie, e non una mera somma di una serie di disposizioni particolari come sostenuto da DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 44 s.

[44] A questo punto appare interessante capire se le fattispecie tipiche fungano da presunzione di influenza del comportamento concretamente posto in essere dal commerciante e, in caso affermativo, se tale presunzione ammette prova contraria del professionista. In altre parole, se il commerciante possa dimostrare che il suo comportamento non era contrario alla buona fede e alla correttezza professionale e che non ha influenzato in alcun modo il consumatore, ovvero se lo ha influenzato ma non in maniera rilevante. Quest'ultima ipotesi, nel silenzio della legge, appare la più corretta ed equilibrata soprattutto tenendo in debita considerazione la posizione minimale che le presunzioni assolute ricoprono nel nostro ordinamento (ma *contra* MICKLITZ, *The general Clause of Unfair Practicies*, in *European Fair Trading Law*, cit., p. 117 s.). Di una tesi intermedia tra quella che vuole la clausola generale come centrale nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella che invece le assegna un ruolo sussidiario ne dà conto LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 76; in tale sede l'A., descrive la tesi intermedia - senza sposarla, ma anzi considerandola come una variante della prima che assegna una posizione residuale alla clausola generale - come una linea di pensiero che respinge la lettura della disciplina sulle pratiche commerciali sleali nell'ottica di una dialettica tra la norma generale e norme speciali, ma che le considera come un tessuto normativo di regole tra loro preordinate per cui la disciplina generale può essere richiamata in via sussidiaria per risolvere problemi interpretativi delle norme speciali senza, però, essere utilizzata in funzione correttiva della lettera della disciplina dettata.

[45] GENTILI, *Codice del consumo ed* esprit de geometrié, cit., p. 161

delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori». La citata norma potrebbe apparire come una duplicazione del precetto contenuto nel Titolo III della Parte II del codice del consumo, salvo che essa non sia intesa come regola di carattere generale che deve caratterizzare ogni attività commerciale, anche quella tra professionisti[46].

In realtà, come da altri evidenziato[47], è la stessa Relazione al codice del consumo che evidenzia come la regola sancita dall'art. 39 sia una disposizione di carattere generale che ispiri tutta l'attività commerciale, soprattutto sul versante di quella che allora era la proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali[48]. Del resto, anche il cambio di terminologia – da *sleale* a *scorretta* –, oltre a evitare l'improbabile confusione con la disciplina della concorrenza sleale, ha il merito di avvicinare la disciplina delle pratiche commerciali all'art. 39 cod. cons.

Il riferimento dell'art. 39 cod. cons. all'attività commerciale e il carattere generale del divieto di pratiche commerciali sleali evidenziano come la regola di comportamento secondo buona fede e correttezza riguardi tutto il rapporto instaurato tra professionista e consumatore, dal primo contatto all'esecuzione dell'eventuale negozio stipulato.

L'art. 39 cod. cons. accentua, dunque, il riferimento all'attività commerciale della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, o meglio, alla qualità della stessa attività valutata secondo i canoni di buona fede e correttezza.

Anzi, come si avrà modo di evidenziare a proposito del rimedi individuali, i canoni di buona fede e correttezza vengono utilizzati come parametri di valutazione della diligenza professionale *ex* art. 18 cod. cons., e questa è una novità rispetto all'art. 2, lett. *h)*, dir. laddove la diligenza veniva definita come il normale grado di competenza e attenzione che i consumatori possono ragionevolmente attendersi dalla condotta del professionista rispetto a pratiche di mercato oneste e al principio generale di buona fede.

---

[46] GENTILI, *Ibidem*, p. 161, ma *contra* MINERVINI, *Codice del consumo*, cit., p. 78. Una posizione mediana viene prospettata da B. MEOLI e L. EGIZIANO, *Art. 39. Regole nelle attività commerciali*, in *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. STANZIAONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2006, p. 319, per cui l'art. 39 cod. cons. riguarderebbe l'attività commerciale nel suo insieme, generalizzando i principi di lealtà e correttezza che si trovano sparse nel resto del codice del consumo e che sono specificamente riguardanti i rapporti con i consumatori.

[47] TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività commerciale*, cit., p. 58.

[48] Relazione al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, a norma dell'art. 7, l. 29 luglio 2003, n. 229.

In realtà, la questione non ha un grande rilievo, al di là della terminologia applicata. Ciò che appare meritevole di attenzione è la portata più ampia dell'art. 18 cod. cons. rispetto all'art. 1176 c.c., il quale regola l'adempimento delle obbligazioni, mentre il primo riguarda tutto il fenomeno commerciale[49].

7. *Pratiche commerciali ingannevoli*.

La diade su cui si impernia la disciplina è – come si è già accennato – quella delle pratiche commerciali ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive e la tecnica normativa dapprima enuclea le azioni (art. 21 cod. cons.), poi le omissioni (art. 22) e infine le fattispecie tipiche (art. 23).

Va ribadito che la declinazione in ingannevoli e aggressive non sembra esaurire le fattispecie di pratica commerciale scorretta. Proprio la presenza della clausola generale, posta in posizione preminente tanto da non ridursi a mera sintesi delle figure particolari di pratiche ingannevoli e aggressive, sembra suggerire il carattere classificatorio delle disposizioni contenute nelle sezioni prima e seconda del capo sulle pratiche commerciali scorrette. Peraltro, il tenore letterale del quarto comma dell'art. 20 cod. cons. sembra avallare il carattere non esaustivo della classificazione delle pratiche laddove recita: «*In particolare* sono scorrette le pratiche commerciali: *a)* ingannevoli… *b)* aggressive…»[50].

La pratica commerciale ingannevole positiva consiste in quel comportamento tenuto dal professionista che si concreta nel rendere informazioni false ovvero

---

[49] Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1124.

[50] E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 110 s. offre una diversa classificazione delle pratiche commerciali scorrette individuando tre diverse fattispecie: pubblicità ingannevole o aggressiva; tecniche di negoziazione sleale; ingannevoli omissioni di informazione. Al di là dell'inedita e interessante classificazione, l'A. ha il merito di evidenziare ancor di più che la classificazione fatta dal legislatore delegato non può che considerarsi da un lato esemplificativa e dall'altro funzionale a individuare fattispecie da considerarsi senz'altro vietate, ovvero vietate salvo prova contraria della non scorrettezza della pratica.

autentiche ma rappresentate in maniera tale da indurre in errore un consumatore medio in ordine al se contrarre e a quali condizioni. Nella seconda parte del primo comma dell'art. 21 cod. cons. vengono enucleati gli elementi su cui si appunta l'informazione fasulla o vera ma presentata in maniera tale da spingere all'errore: la natura e l'esistenza del prodotto (lett. *a*), le sue caratteristiche qualitative principali anche manutentive e il prezzo (lett. *b*, *e* e *d*), il processo della commercializzazione e gli obblighi del professionista (lett. *c*), le qualità del commerciante e la sua titolarità di diritti di proprietà industriale (lett. *f*) nonché i diritti del consumatore (lett. *g*)[51]. Il secondo comma dell'art. 21 cod. cons. annovera tra le pratiche ingannevoli quelle in senso proprio decettive, ossia quelle attività che ingenerano confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente (inclusa dunque la pubblicità comparativa illecita[52]), nonché la violazione dei codici di condotta a cui il professionista ha aderito[53]. Il terzo e il quarto comma introducono il tema della sicurezza dei consumatori messa a repentaglio dall'omissione da parte del professionista dell'avvertenza in ordine alla pericolosità del prodotto venduto o anche dalla naturale destinazione della pratica a bambini e adolescenti (per definizione inclini più facilmente all'errore alla luce della loro accentuata naturale credulità e inesperienza).

Autorevole dottrina[54] individua un presupposto "costante" e uno "variabile" delle pratiche ingannevoli. Il primo è l'attitudine della pratica ad indurre il consumatore a compiere una scelta che altrimenti non avrebbe fatto, mentre il secondo è contemplato dai già citati artt. 21 e 22 cod. cons.

L'accertamento della presenza dei presupposti deve però risolversi in un giudizio *in concreto* – ossia valutando tutte le circostanze in cui si compie la pratica, come ad

---

[51] Per una più ampia trattazione di singoli elementi v., tra i tanti, T. PICA, *Sub art. 21, co.1,* in *Le modifiche al codice del consumo* cit., p. 164 s.

[52] Regolata nella disciplina previgente dall'art. 20, co. 1, cod. cons. vecchio testo e ora disciplinata dal d. lgs. 145/2007 in materia di rapporti tra professionisti.

[53] L'aver aderito ad un codice di condotta assume rilievo ai fini della qualificazione della pratica come ingannevole se ricorrono due presupposti: *a)* l'impegno che il professionista si è assunto è "forte" e "verificabile", ossia se non è soggetto a condizioni ed è suscettibile di dimostrazione; *b)* l'impegno assunto deve essere manifesto nella pratica commerciale così da generare la – falsa – convinzione che l'attività del commerciante sia conforme a quanto prescritto dal codice di condotta.

[54] DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1097.

esempio i destinatari, le caratteristiche del prodotto, la sua sostituibilità, ecc. – salvo che la fattispecie non rientri tra quelle descritte nella *black list*.

Il legislatore vieta anche le pratiche commerciali in cui l'inganno si concreta non in un comportamento positivo ma in un'omissione, ossia quando il commerciante non svela al consumatore delle informazioni su elementi essenziali del prodotto venduto, sulle modalità di vendita, sul venditore e sui diritti dell'acquirente.

Più precisamente, un'omissione deve considerarsi una pratica ingannevole quando il professionista: *a)* manchi di rendere al consumatore delle informazioni rilevanti per determinare le proprie scelte commerciali; *b)* fornisca le informazioni in maniera parziale, volutamente oscura, incomprensibile informazioni rilevanti; *c)* ometta di palesare l'intento commerciale della propria condotta, salvo che ciò non sia desumibile con certezza dal contesto in cui si svolge la pratica.

L'elemento su cui si impernia la fattispecie di pratica ingannevole omissiva appare essere quello della *rilevanza* dell'informazione omessa.

A volte il giudizio sulla rilevanza viene compiuto dalle varie normative di settore anche europee[55], ma per tutti gli altri casi è la stessa disciplina sulle pratiche commerciali scorrette a disporre gli elementi per l'accertamento della rilevanza dell'informazione non resa.

Essa deve riguardare: le caratteristiche principali del prodotto, l'identità e l'indirizzo geografico del professionista che pone in essere la pratica e di quello per conto di chi si sta operando, il prezzo del bene o del servizio (comprensivo delle imposte e delle spese di spedizione, commissioni, ecc., o comunque sia esposto in maniera tale che sia possibile desumere facilmente il prezzo globale e le modalità di calcolo), modalità di adempimento delle obbligazioni e dell'operatività delle garanzie (pagamento del prezzo, consegna, modalità di presentazione dei reclami, ecc.), eventuale diritto di recesso per il consumatore e modalità di esercizio[56]. Nascondere o

---

[55] In proposito, la stessa direttiva 05/29 fornisce un elenco esemplificativo delle norme europee che dispongano l'obbligo di fornire alcune informazioni.

[56] Emblematico è il caso PS/6326 in cui l'Autorità *antitrust* ha rilevato l'ingannevolezza delle condizioni di vendita diffuse su un sito internet dedicato alla vendita *on line* poiché esse, in tema di recesso, prevedevano: *a)* l'esercizio del *ius poenitendi* entro sette giorni in luogo dei minimo dieci previsti dalla legge; *b)* il mancato utilizzo del bene e l'integrità della confezione (ossia condizioni che la

presentare in maniera ambigua una di queste informazioni significa non consentire al consumatore di operare una scelta consapevole.

Per ciò che concerne l'evidenza della natura commerciale della pratica, il professionista è tenuto a chiarire che il suo comportamento ha come obiettivo quello di far compiere una scelta commerciale (es. acquisto di un bene) al consumatore cui si rivolge, ovvero che ciò sia rilevabile dalle circostanze in cui si inserisce la pratica stessa.

Il giudizio sull'illegittimità di queste omissioni deve tenere conto, tuttavia, delle caratteristiche e delle circostanze del caso, nonché dei limiti strutturali del mezzo scelto per la pubblicità come, ad esempio, le restrizioni in termini di spazio e durata della diffusione del messaggio ai consumatori. È necessario valutare, infine, se e in che maniera le informazioni sono state rese disponibili ai consumatori anche con mezzi diversi da quello preso in considerazione dal giudice. Vanno ascritti al novero delle pratiche omissive anche i comportamenti ritenuti opachi, come le pratiche in cui le informazioni ritenute rilevanti per l'applicazione della fattispecie in esame sono rese in maniera ambigua, oscura, poco o per nulla comprensibile od intempestive. La varia fenomenologia sommariamente ricapitolata esibisce però un comune denominatore: la già ricordata idoneità della pratica a far assumere al consumatore una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

Il quadro così sinteticamente delineato evidenzia come la disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli ponga a carico del professionista un obbligo di comportamento, ossia il fornire al consumatore tutte le informazioni che gli sono necessarie perché assuma una decisione commerciale consapevole. L'obbligo scaturisce, com'è ovvio, dalla consapevolezza che il rapporto di consumo è asimmetrico, posto che è il professionista a detenere le informazioni sul proprio prodotto o servizio e che il consumatore o potrebbe acquisire quelle informazioni con un grande costo sia in termini patrimoniali, sia in termini non patrimoniali (tempo, fatica, acquisizione preventiva di nozioni per l'elaborazione delle informazioni assunte, ecc.), ovvero potrebbe non acquisirle affatto.

---

legge richiede per l'esercizio del recesso solo per i prodotti audiovisivi e informatici sigillati e non per tutti gli altri); la trattenuta da parte del professionista delle spese di spedizione del prodotto poi restituito.

Il contenuto della disciplina in esame non è, però, il semplice obbligo di svelamento delle informazioni necessarie, ma è un obbligo *positivo*, ossia comportamentale in senso lato.

Il professionista non deve solo lasciare il consumatore libero di acquisire le informazioni rilevanti nel senso di fornirgliele passivamente, ma deve anche presentarle in maniera tale che quelle rilevanti siano "assorbite" dal consumatore stesso e che siano alla base della sua scelta commerciale.

Un professionista che "inondasse" il consumatore di tutte le informazioni relative al prodotto da commercializzare, affiancando agli elementi rilevanti una moltitudine di notizie irrilevanti, avrebbe sì fornito le informazioni, ma solo in teoria. In altre parole, le avrebbe fornite, ma scorrettamente. Il che equivale a non fornirle affatto.

L'art. 22 *bis* cod. cons. disciplina una pratica commerciale scorretta molto diffusa, ossia quella della pubblicizzazione di tariffe marittime senza l'avvertenza dell'obbligo di corresponsione di tasse portuali, oneri, ecc.[57]

Il precetto normativo, e più nello specifico quello in esame, hanno la funzione di far realizzare un *modello sociale di convivenza* basato sulla correttezza delle parti e in cui il consumatore – la parte debole del rapporto – abbia gli strumenti per porsi alla pari con il professionista e condividere con quest'ultimo il ruolo di parte attiva del rapporto commerciale[58].

Le asimmetrie informative tra consumatore e professionista possono essere classificate in cinque diverse tipologie: asimmetrie informative contingenti, asimmetrie valutative strutturali, asimmetrie valutative temporali, asimmetrie di transizione, asimmetrie dimensionali o negoziali[59].

---

[57] Il legislatore è intervenuto sulla scia del noto caso, che per i *mass media* ha assunto anche la forma della vera e propria truffa, di una compagnia di traghetti che pubblicizzava un'offerta di trasporto dal continente verso la Sardegna o la Corsica che contemplava il pagamento del solo biglietto di andata mentre il viaggio di ritorno sarebbe stato "gratis". La *reclame* avvisava solo con caratteri microscopici delle limitazioni e delle condizioni contrattuali per l'offerta, la quale risultava condizionata, tra l'altro, al pagamento di tasse, diritti e supplementi, alla disponibilità dei posti, all'obbligo di prenotazione per un veicolo a motore, senza offerte speciali, e per lo stesso nucleo di passeggeri che utilizzassero lo stesso veicolo prenotato per il viaggi di andata (PS/1452 (provv. 19092 del 5 novembre 2008, in *Boll.* 42/2008).

[58] V. la magistrale prospettiva di F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione delle culture*, Bologna, 2009, p. 16 s.

[59] ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 290.

Per *asimmetrie informative contingenti* si intendono tutte quelle situazioni in cui il consumatore non possiede tutte le informazioni necessarie affinché compia la scelta commerciale che si è proposto ovvero, pur avendole, non ha gli strumenti o la conoscenza per valutarle (perché, ad esempio, celate dalla grande quantità di altri elementi inutili e presentate al solo scopo di amalgamare il messaggio informativo nascondendo gli elementi rilevanti).

Le *asimmetrie valutative strutturali* si riferiscono alle situazioni in cui il consumatore avrebbe necessità di una competenza tecnica nel dover valutare gli elementi del prodotto o del servizio commercializzato. La difficoltà di valutazione di prodotti o servizi complessi risiede nel fatto che la conoscenza tecnica che consente l'acquisto consapevole è di difficile acquisizione, ovvero è diseconomico assumerle per compiere una sola scelta commerciale.

Le *asimmetrie valutative temporali* si riferiscono alle situazioni in cui v'è un apprezzabile lasso di tempo dal momento in cui il consumatore compie la scelta commerciale e quello in cui il prodotto manifesta tutte le sue caratteristiche e le sue potenzialità.

Le *asimmetrie di transizione* si presentano come vere e proprie barriere frapposte dal professionista che, una volta che il consumatore compie la scelta commerciale in favore del prodotto o del servizio dal primo pubblicizzato, non consentono all'acquirente di sciogliere il rapporto (di durata) se non con la sopportazione di grandi costi.

L'ultima ipotesi di asimmetria è quella *dimensionale* o *negoziale* dove il potere economico delle due parti è così squilibrato (a favore del professionista) da mettere seriamente a rischio l'efficienza e l'equità dello scambio e ciò si verifica soprattutto nei mercati monopolistici o oligopolistici.

Una corretta prospettazione di tutte le informazioni utili al consumatore affinché possa prendere una decisione commerciale consapevole ha come risultato quello di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra gli operatori economici, sempreché il consumatore sia ragionevolmente avveduto.

La normale conoscenza delle informazioni utili e la ragionevole avvedutezza del consumatore medio consentono al consumatore medesimo, almeno in teoria, una

completa e serena valutazione omnicomprensiva affinché la sua scelta sia libera e determinata solo dalla sua volontà formatasi in un mercato improntato a regole di correttezza e buona fede.

Secondo l'Autorità *antitrust*, sono due i principi fondamentali sul giudizio di ingannevolezza di una pratica commerciale. Il primo è che la valutazione deve essere "omnicomprensiva", ossia deve tenere in conto tutti gli aspetti del fenomeno commerciale esaminato tra cui il contesto in cui si colloca la pratica, le modalità di diffusione, ecc., oltre alle specifiche caratteristiche del prodotto o del servizio commercializzato e alle informazioni rese[60]. Il secondo principio è quello dell'"oggettività" della valutazione sull'ingannevolezza della pratica, ossia il suo ancoraggio a elementi non inerenti al singolo consumatore ingannato. Questi ultimi rileverebbero, infatti, in sede civilistica laddove il consumatore leso richieda l'accertamento della nullità del negozio posto in essere a valle della pratica, ovvero il suo annullamento[61].

8. *Pratiche commerciali aggressive.*

L'altro gruppo di pratiche commerciali scorrette è rappresentato dalle pratiche aggressive, le quali consistono nei comportamenti del professionista a forte impatto emotivo che, nel singolo caso concreto, inducono il consumatore medio a compiere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe fatto sotto l'influsso di varie circostanze quali il tempo, il luogo e persistenza della pratica, tramite il ricorso a minacce fisiche, verbali e ad azioni legali, la frapposizione di ostacoli di natura non contrattuale al fine di limitare i diritti dei destinatari della pratica, lo sfruttamento di eventi tragici o di alto impatto emotivo, il compimento di molestie e il ricorso alla coercizione anche fisica e all'indebito condizionamento.

---

[60] V. ad es. il caso PS/1128, provv. 19202, in *Boll.* 45/08 sulla valutazione omnicomprensiva della pratica.

[61] V. *infra* Cap. IV.

Il legislatore europeo disciplina per la prima volta il fenomeno delle pratiche commerciali aggressive utilizzando istituti sconosciuti anche per molti ordinamenti degli Stati membri e ciò ha comportato un disallineamento delle posizioni delle discipline nazionali con evidente discostamento dall'obiettivo di armonizzazione massima.

Mentre nelle pratiche ingannevoli il tratto caratterizzante è la decettività del comportamento del professionista, nelle pratiche aggressive la scelta del consumatore è "estorta" tramite una condotta scorretta che fa leva su elementi psicologici quali paure, ansie, poca reattività lucida a comportamenti troppo incisivi, finanche ad arrivare alla costrizione fisica.

La pratica aggressiva si rivela ben più limitante della libertà di consumo rispetto a quella ingannevole e si esplica tramite modalità comportamentali che non si arrestano a quelle comunicative quali la molestia, la coercizione o l'indebito condizionamento.

Le pratiche aggressive possono essere classificate in tre diverse tipologie: pratiche moleste, coercitive e indebitamente condizionanti[62]. Il legislatore europeo e quello nazionale, forniscono una definizione solo all'*indebito condizionamento*, probabilmente ritenendo – forse in maniera azzardata – insuscettibile di equivoci il significato delle locuzioni "molestia" e "coercizione" (sia psicologica sia fisica).

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

Sono diversi i profili della norma appena citata su cui porre l'accento. Il primo è il carattere sussidiario della disposizione.

Il ruolo di elemento sussidiario dell'elemento dell'indebito condizionamento rispetto alla molestia e alla coercizione sembra debba assegnarsi al giudizio di valore sull'aggressività delle tre figure laddove l'indebito condizionamento identifica un

---

[62] L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 308.

risultato raggiunto tramite una condotta che – per il grado di incisività e per le modalità espresse – non integri la molestia o la coercizione.

Per *molestia* deve intendersi un disturbo, patimento, turbamento o fastidio particolarmente incisivo tali da far supporre al consumatore che solo un suo atto (quello voluto dal turpe professionista) possa liberarlo da tale situazione.

Per *coercizione* si intende, invece, la coartazione della volontà del consumatore tramite una condotta del professionista tale da distorcere la volontà del consumatore. La norma equipara la coercizione fisica a quella psicologica, ma in questo caso la volontà non viene compressa o distorta, ma addirittura annullata. Il consumatore in questo caso non solo non avrebbe voluto compiere la scelta commerciale auspicata (*rectius*: estorta) dal professionista sleale anche solo come "via di fuga" rispetto alla condotta incriminata, ma addirittura non compie alcuna scelta. Riecheggia, dunque, la fattispecie della violenza (morale) come causa di annullamento del contratto e violenza fisica come causa di nullità (ma sul punto vedi *infra*).

L'indebito condizionamento si pone, quindi, come fattispecie di chiusura poiché ricomprende tutti quei comportamenti che non sono molesti, né coercitivi, ma che consentono al professionista di sfruttare la sua posizione di vantaggio per far compiere una scelta commerciale al consumatore al fine di evitargli conseguenze che, seppur legittime *strictu iuris*, non lo sono sul piano dell'equità[63].

---

[63] Viene tratteggiata, dunque, un'ipotesi di abuso del diritto (su cui v. tra in tanti, F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013, in corso di pubblicazione; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 401 s. e p. 419 s.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, Torino, 2001; C. SALVI, voce *L'abuso del diritto.* I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 601 s.; SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto:* c) *diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958; R. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 89 s.; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 s.). DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1100, ricorda l'esempio fatto dalla Relazione alla proposta di direttiva della Commissione nel 2003: «Si avrebbe un caso di indebito condizionamento qualora un professionista offrisse a un consumatore già indebitato nei suoi confronti e in ritardo nei pagamenti, la possibilità di rinegoziare il debito a condizione che questi acquisti un altro prodotto». L'indebito condizionamento è stato riconosciuto anche in un noto caso (PS/19, Provv. 18995, in *Boll.*, 39/08) di stipulazione di contratti a distanza via *teleselling*: il professionista stipulava il contratto con il consumatore già al primo contatto telefonico in cui registrava i dati senza attendere che il consumatore stesso ricevesse il contratto in forma cartacea con le condizioni generali di cui aveva contezza, dunque, solo con la loro lettura. L'Autorità *antitrust* ha ritenuto la pratica in questione come aggressiva viste le forme di intrusione e pressione particolarmente incisive che, pur non rilevandosi moleste o coercitive,

Tutte le fattispecie (molestie, coercizione e indebito condizionamento) sono caratterizzate dalla presenza di due caratteri, quello *strutturale* e quello *funzionale*.

Per *carattere strutturale* si intende quella condotta particolarmente scorretta del professionista che si concreta in minacce, molestie, coercizioni psicologiche e fisiche tali da incidere sulla libertà di scelta del consumatore, tenuto conto delle circostanze del caso.

Per *carattere funzionale* si intende, invece, la concreta capacità ad indurre anche solo potenzialmente il consumatore medio a compiere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Mentre il primo carattere qualifica la pratica come aggressiva, il secondo è teleologico e funge da elemento determinante la scorrettezza della pratica e il suo conseguente divieto.

L'art. 25 cod. cons. identifica cinque elementi di valutazione dell'aggressività delle pratiche. Essi sono: *a)* i tempi, il luogo, la natura e 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.

Degli elementi sopra descritti, quello che presenta le caratteristiche più interessanti è l'*ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato* che il professionista frappone al legittimo esercizio di diritti o facoltà da parte del consumatore. Esso può essere definito come un qualsiasi comportamento anche non strettamente giuridico che si concreta nel frapporre un ostacolo defatigante al

---

comunque non consentivano al consumatore di avere piena contezza del contenuto dei suoi obblighi contrattuali, soprattutto tenuto conto dello squilibrio informativo che c'è tra le parti e al fatto che il professionista abbia frapposto ostacoli ad esempio all'esercizio del diritto di recesso (nello specifico, infatti, il contratto predisposto unilateralmente dall'operatore di telefonia veniva consegnato a ridosso del decorso dei termini di esercizio del recesso), alle modalità di presentazione e gestione dei reclami, ecc.

consumatore all'esercizio dei propri diritti e prerogative. La casistica è molto variegata e comprende ad esempio l'ingiustificata richiesta di documentazione al fine di ottenere l'attivazione di una garanzia contrattuale, procedure burocratiche di servizi post-vendita particolarmente lente o subordinate ad adempimenti "tecnici" inutili, il continuo passaggio della pratica tra responsabili diversi, inerzia nel disbrigo della pratica o nell'espletamento del servizio da rendere.

La peculiarità della fattispecie ha fatto ritenere di trovarsi di fronte ad un'ulteriore figura di pratica aggressiva affianco alle molestie, le coercizioni e l'indebito condizionamento[64].

In realtà, la frapposizione di un ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato sembra non tanto una fattispecie di pratica commerciale aggressiva, ma un'ulteriore figura di pratica commerciale scorretta da affiancare, appunto, a quest'ultima e a quella ingannevole.

L'imposizione di un ostacolo riguarda, infatti, una fase successiva alla scelta commerciale effettuata dal consumatore, ossia quella dell'esecuzione del negozio stipulato in forza del comportamento del professionista. Tutt'al più l'aver celato gli ostacoli o l'aver taciuto la portata dello stesso può integrare una pratica commerciale ingannevole poiché se il consumatore medio avesse avuto piena contezza degli adempimenti da dover fare per esercitare i suoi diritti e le sue prerogative, probabilmente avrebbe compiuto una scelta diversa.

Ciò che però rileva nella pratica di apposizione di ostacoli non contrattuali per il consumatore è la scorrettezza del comportamento del professionista. In questo caso, infatti, il professionista obbliga (*rectius*: induce) il consumatore ad arrendersi all'ostacolo non giustificato dall'economia del rapporto istaurato non esercitando così un suo diritto o una sua prerogativa.

In altre parole, il professionista induce il consumatore a compiere una scelta ablativa dei suoi diritti e poteri che, in assenza della pratica scorretta, non avrebbe fatto.

A differenza delle pratiche ingannevoli e delle (altre) pratiche aggressive, il comportamento del professionista all'apparenza potrebbe sembrare corretto (poiché non

---

[64] DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, cit., p. 312.

si concreta in un inganno o un'aggressione, ossia figure che tradizionalmente sono sintomi di scorrettezza), ma nel concreto esso si risolve nell'erigere una sorta di "muro di gomma" tra il consumatore e il professionista stesso. Il comportamento è, dunque, scorretto in sé, senza necessità di altri elementi. Anche qui riecheggia la figura di abuso del diritto già riscontrata nell'analisi più generale dell'indebito condizionamento, e del resto quest'ultimo appare essere l'elemento costitutivo della pratica in esame.

Tutto ciò ha il pregio di rafforzare sul piano pratico l'idea tratteggiata solo sul piano teorico ed ermeneutico che la declinazione delle pratiche commerciali scorrette in ingannevoli e aggressive non sia esaustiva, ma abbia solo una funzione classificatoria.

La figura di pratica aggressiva non fa riferimento, dunque, alla limitazione della "libertà" di scelta del consumatore, ma alla sua "capacità" di scelta[65]. Se si volesse assegnare un grado di scorrettezza alle pratiche, quelle aggressive sarebbero ben più gravi di quelle ingannevoli.

9. *Casistica.*

In questi primi cinque anni dall'entrata in vigore della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette l'enorme quantitativo di pronunce dell'Autorità *antitrust* evidenzia come il mercato sia ben lontano dal raggiungimento di un livello quantomeno accettabile di lealtà nelle transazioni commerciali.

Alcune di queste pronunce sono particolarmente rilevanti e con un grande impatto mediatico. Di seguito si riportano alcuni dei casi più importanti tra quelli recenti e che svelano quali siano concretamente i comportamenti che la normativa intende contrastare[66].

PS/1452 (provv. 19092 del 5 novembre 2008, in *Boll.* 42/08): il già citato caso si caratterizzava per la pubblicizzazione di una particolare promozione per la navigazione

---

[65] DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1100.

[66] Tutti i provvedimenti dell'Autorità garante sono pubblicati nel sito internet *www.agcm.it* con il riferimento al *Bollettino settimanale* in cui sono riportate.

di trasporto turistico da e per le isole Sardegna e Corsica. In particolare, la condotta scorretta si concretava nel riportare nel cartellone pubblicitario le condizioni per accedere all'offerta solo con caratteri microscopici in confronto al *claim* principale. L'informazione pubblicitaria, seppur vera, veniva pubblicizzata con modalità tali da non assicurare la comprensione totale del messaggio per il consumatore medio che così compiva una scelta commerciale sulla base di nozioni incomplete.

PS/7505 (provv. 23279 dell'8 febbraio 2012, in *Boll.* 6/2012): il professionista, nello svolgimento della propria attività di offerta dei servizi di trasporto aereo, pubblicizzava sul proprio sito internet le offerte indicando solo l'importo iniziale minimo senza specificare gli altri costi quali quelli del servizio di prenotazione. Anche in questo caso, il consumatore medio compiva le proprie scelte commerciali sulla scorta di informazioni parziali e la pratica di scorporare il prezzo di costo non era giustificata poiché l'onere richiesto in aggiunta al prezzo base era "non eventuale, inevitabile e prevedibile". La pronuncia dell'Autorità ha il pregio, nella fattispecie concreta, di evidenziare il fatto che le modalità di circolazione delle informazioni sia soggetta anche alle circostanze del caso. In questo caso, infatti, se l'imposizione dell'onere aggiuntivo rispetto al prezzo fosse stato eventuale, evitabile o imprevedibile, la pubblicizzazione del solo prezzo base sarebbe stato giustificabile.

PS/7744 (provv. 22101 del 9 febbraio 2011, in *Boll*. 4850): in questo caso il comportamento valutato come scorretto dall'Autorità consisteva nell'aver dato troppa enfasi sul nome della società confezionatrice che riproduceva esattamente il nome proprio di un prodotto che, in realtà, non era presente ("Lardo di colonnata s.r.l. che induceva il consumatore medio a supporre che il prodotto contenuto nella confezione fosse, per l'appunto, il lardo di colonnata).

PS/4163 (provv. 21884 del 9 dicembre 2010, in *Boll*. 48/2010): questo caso offre spunti anche per una valutazione sull'illiceità penale della condotta del professionista. Il consumatore veniva contattato telefonicamente dal professionista che offriva una tessera sconto gratuita da utilizzare liberamente. Per il ritiro della carta sconto veniva fatto firmare non una ricevuta di ritiro come rappresentato dall'operatore che si recava a casa del consumatore contattato precedentemente al telefono, ma un contratto predisposto

unilateralmente che obbligava il consumatore suddetto ad effettuare acquisti di prodotti del professionista indicati in un catalogo.

PS/2480 (provv. 23710 del 4 luglio 2012): in questo caso l'Autorità ha sanzionato l'omessa informazione circa delle "spese di istruttoria" che il professionista (un noto istituto bancario nazionale) addebitava per ogni affidamento, la revisione dell'importo affidato, le aperture di credito, ecc.

PS/5009 (provv. 20750 del 4 febbraio 2010, in *Boll*. 5/2010): in questo caso il professionista ha diffuso un messaggio secondo cui la garanzia di conformità poteva essere esercitata solo nei confronti del produttore e non del venditore, in spregio all'art. 130 cod. cons. Il messaggio scorretto induceva il consumatore a ritenere quella una garanzia convenzionale che escludeva quella legale, e che l'intervento del venditore di presa in consegna e spedizione del prodotto difettato al produttore sarebbe stato del tutto eccezionale e senza alcuna responsabilità per gli eventuali ritardi nella restituzione.

PS/166 (provv. 19199 del 26 novembre 2008, in *Boll.* 45/2008): in questo caso l'Autorità ha sanzionato un'azienda di fornitura del servizio idrico che, durante l'esecuzione del contratto, interrompeva l'erogazione dell'acqua agli utenti morosi senza alcuna informazione circa la situazione debitoria, la predisposizione di un termine per l'adempimento tardivo e senza un preavviso di distacco. Il comportamento tenuto dall'azienda idrica durante l'esecuzione del contratto è stato valutato come scorretto al di là del presunto esercizio del diritto a sospendere il servizio in caso di mancato esatto adempimento dell'obbligazione pecuniaria dell'utente anche in virtù della particolare natura del bene considerato come necessario e insostituibile.

Capitolo II
I SOGGETTI

SOMMARIO: 1. Il consumatore. 2. Segue. Il consumatore medio. 3. I consumatori particolarmente vulnerabili. 4. Le microimprese. 5. Segue. Apertura al c.d. terzo contratto o al contratto asimmetrico? 6. L'operatore commerciale. Rinvio.

1. Il consumatore.

Sulla nozione di "consumatore", sin da prima della direttiva sulle clausole abusive, si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza[67].

L'art. 2, lett. *b)* dir. 93/13 (e ora, in via generale, l'art. 3, lett. *a)*, cod. cons.) definisce il consumatore come una qualsiasi persona fisica che agisce al di fuori dell'esercizio della sua attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. La specola in negativo su cui si poggia la definizione non consente però di delineare con precisione la figura di consumatore, anche perché, come autorevolmente sostenuto[68], su una negazione non si costruisce uno *status*, né si delinea una classe sociale.

Ogni persona fisica è, dunque, un consumatore, salvo quando agisce come un professionista. Tale assunto rende evidente il fatto che non esiste una categoria socialmente ed economicamente definita di consumatori, ma l'individuazione del consumatore, non potendosi basare su una concezione marcatamente soggettivistiva,

---

[67] V., tra i tanti, P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012, p. 80 s.; F. LUCCHESI, sub *art. 3*, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., Padova, 2007, p. 23; G. CHINÈ, sub *art. 3*, in *Codice del consumo*, cit., p. 14; G. ALPA, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 3 s.; ID, *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 2 s.; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di* costituzionalità, in *Foro it.*, I, 2003, p. 340 s.; G. FABBRIS, *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995; C. PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Rimini, 1997; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Consumatore (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; E. GABRIELLI – A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Milano, 1985, p. 225.

[68] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 50.

deve basarsi su una valutazione oggettiva della singola fattispecie in cui l'indagine si impernia sull'interesse in concreto perseguito dall'operatore economico tramite l'atto (di consumo) posto in essere[69].

È, dunque, l'interesse consumeristico, inteso come finalità di godimento individuale o familiare del bene o del servizio acquistato, a identificare il soggetto agente come "consumatore", posto che un soggetto che agisce al di fuori della sua attività professionale si presume non abbia lo stesso livello di conoscenze ed esperienze del professionista con cui entra in contatto, né abbia la stessa "forza" economica di quest'ultimo[70].

Una lettura restrittiva della concezione oggettiva di consumatore evidenzia, però, una difficoltà di concettualizzazione del c.d. "consumatore esperto", ossia un soggetto che, pur agendo al di fuori della sua attività commerciale, ha delle conoscenze anche tecniche che gli consentono di legare il rapporto di consumo con il professionista in un piano quasi di parità. La questione viene in rilievo laddove allo scopo di consumo si affianchi un altro elemento utile a determinare se un soggetto è o meno un consumatore, ossia l'assenza di forza contrattuale[71]. Tuttavia, ciò che a prima vista sembra essere un elemento correttivo della lettura oggettivistica, rende l'indagine del tutto scevra di un ancoraggio certo. In altre parole, sostituire la presunzione astratta di "disparità" di potere contrattuale tra consumatore e professionista con una valutazione in concreto dell'effettiva differenza di posizioni tra i due soggetti porterebbe al risultato di costringere il consumatore a dimostrare di volta in volta di non essere qualificabile come "esperto" con notevole complicazione dell'indagine sul rapporto di consumo e, in definitiva, della scelta di tutelare o meno il soggetto "debole"[72].

Una parte della dottrina[73] e una parte minoritaria della giurisprudenza[74] opera una distinzione tra *atti della professione* e *atti relativi alla professione*, utile quando un

---

[69] Corte giust. 20 gennaio 2005, C-464/01; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, I ed. agg., Torino, 2012, p. 148.

[70] ROS. ALESSI, *I diritti dei consumatori dopo la direttiva 2001/83/UE*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, a cura di R. ALESSI, S. MAZZARESE e S. MAZZAMUTO, Milano, 2013, p. 326-327.

[71] MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 150.

[72] MAZZAMUTO, *ibidem*, p. 151.

[73] U. COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2121 s.

soggetto compie un atto sì di consumo, ma all'interno del perimetro della propria attività commerciale, e ciò soprattutto in caso di acquisto di beni e servizi a uso promiscuo.

Per "atti della professione" si intendono gli atti compiuti da un professionista nell'esercizio della sua attività, mentre per "atti relativi alla professione" si intendono quegli atti che, pur rientrando nel novero di quelli posti in essere dal soggetto agente nell'esercizio della sua professione, nel caso concreto non ineriscono alla sfera della sua attività e, pertanto, l'agente va considerato un consumatore poiché – come quest'ultimo – egli opera su un piano di sostanziale disparità. Il *discrimen* viene operato tramite il c.d. criterio della competenza del soggetto agente, in verità adottato da una parte anche autorevole della dottrina come criterio sussidiario a quello dello scopo concreto perseguito dall'agente[75] e seguito da alcune (minoritarie) pronunce di merito[76], si sostanzia in una sorta di reviviscenza della concezione soggettivistica del consumatore in cui la dicotomia "professionista-consumatore" è sostituita con quella di "soggetto competente-soggetto non competente"[77].

---

[74] Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Contratti*, 2000, p. 442, con nota di D. MAFFEIS.

[75] E. GABRIELLI, *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI e E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2005, p. 20 s.

[76] Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, p. 645; Trib. Lucca 4 luglio 2000, in *Giur. Merito*, 200, I, p. 6; Trib. Terni, 13 luglio 1999, in *Danno e resp.*, 2000, p. 866; G.d.P. Civitanova Marche 4 dicembre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, p. 654.

[77] Anche in Francia, dove è stata delineata per la prima volta la distinzione tra "atti della professione" e "atti relativi alla professione", il criterio della competenza non appare del tutto condiviso. Il *linked case* è quello di Cass. fr. 28 avril 1987 (in *Bull civ.*, I, n. 134, p. 103; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, p. 537, con nota di J. MESTRE; in *Rec. Dalloz Sirey*, 1988, *Jur*, p. 1, con nota di PH. DELEBEQUE; in *J.C.P.*, 1987, II, 20893, con nota di G. PAISANT, il quale tornerà sul tema in senso critico ne *La protection par droit de la consommation*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, diretto da C. JAMIN e D. MAZEAUD, Parigi, 1998, p. 23) – ma che fu preceduto dal tratteggio operato da Cass. fr., 15 avril 1982, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1984, *Jur*, p. 439, con nota di J.P. PIZZIO – in cui i giudici francesi sostituiscono il binomio *professionel-consommateur* a quello *compétent-profane*, allargando così, tramite il criterio soggettivo, la tutela del consumatore anche al professionista non competente nel campo commerciale in cui si compie l'atto negoziale (tra i critici a questa distinzione v. J. CALAIS-AULOY e F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Parigi, 2006, p. 13). Sulla scorta del testo del nuovo art. L. 121-22 *cod. consomm.* – e delle critiche della dottrina –, la giurisprudenza d'oltralpe ha modificato parzialmente il criterio appena delineato evidenziando che la tutela accordata al consumatore non si applica al soggetto che stipula un contratto che abbia un "rapporto diretto" con la propria attività professionale (Cass. fr., 24 janvier 1995, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, *Jur.*, p. 327, con nota di G. PAISANT), ma ciò facendo il dibattito si è spostato sul cosa debba intendersi non con un mero "rapporto" con l'attività commerciale dell'agente, ma con un rapporto "diretto" (v. J.P. POZZIO, *Observation a Cass. 24-1-1995*, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, *Somm.*, p. 310 e D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, in *Rev. trim. dr. comm*, 1998, p. 95 s.). Da ultimo, Cass. fr., 15 mars 2005, n. 02-13285, in *Bull. civ.*, 2005, n. 135, la nozione di consumatore è stata sostituita da quella di soggetto *non professionnel*.

Sull'ampio dibattito italiano ed europeo ha fatto capolino anche la nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, n. 83, sui diritti dei consumatori, la quale, all'art. 2, n.1[78], non ha modificato la definizione di consumatore in precedenza adottata dalle direttive da ultimo modificate (direttive 93/13 e 99/44) e abrogate (direttive 85/577 e 97/7)[79].

Anche nella nuova direttiva resta l'identificazione del consumatore con le sole "persone fisiche", continuando ad escludere anche le persone giuridiche, e ciò nonostante le diverse critiche che sono state mosse al legislatore europeo e nazionale per questa a tratti ingiustificata esclusione[80].

La Corte costituzionale, con due note pronunce[81] rese in materia di clausole abusive, ha escluso che l'art. 33 cod. cons. contrasti con i principi costituzionali nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, e ciò sulla scorta di una lettura rigida del testo della dir. 93/13 e delle pronunce della giurisprudenza della Corte di giustizia[82].

---

[78] Art. 2, n.1, dir. 11/83: «Consumatore: qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».

[79] Sulla dir. 11/83 v., tra i tanti, S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 861 s. e ALESSI, *I diritti dei consumatori dopo la direttiva 2001/83/UE*, cit., p. 315 s.

[80] Già con l'entrata in vigore della direttiva 93/13 si levarono diverse voci critiche sull'esclusione degli enti del libro primo del codice civile e delle ditte individuali/società di persone che agiscono fuori dai campi commerciali di loro appartenenza. V, tra gli altri, G. ALPA - V. LEVI, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, p. 24; L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al Capo VI* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprenditori e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 281. Al di là dell'esperienza francese di cui si è dato già conto, negli altri Paesi membri il legislatore si è mostrato ben più aperto di quello italiano. In Inghilterra, il *Consumer Credit Act*, alla *sect.* 189.1, ha esteso la tutela prevista dalla disciplina del credito al consumo anche ai *body corporate*, ossia a enti senza personalità giuridica, e alle *partnership*, ossia alle aggregazioni di due o tre persone che non costituiscono un *body corporate*, mentre già la giurisprudenza aveva esteso al *business consumer*, ossia a quello che in Italia è definito "piccolo imprenditore", la nozione di consumatore, come anche hanno fatto la Spagna, la Grecia e i Paesi Bassi.

[81] Corte cost., ord., 30 giugno 1999, n. 282 e Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, cit., con nota di A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, e in *Danno e resp.*, 2003, p. 701 s., con nota di E. PERFUMI.

[82] V. soprattutto Corte giust., 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99.

2. *Segue. Il consumatore medio.*

L'intera disciplina consumeristica si impernia sul concetto di consumatore delineato dall'art. 3 cod. cons., ma la normativa europea sulle pratiche commerciali sleali fa riferimento al "consumatore medio" inteso non come un soggetto ben individuato, ma come parametro, o meglio, come categoria con portata normativa che prescrive un determinato modello umano ricettore delle pratiche commerciali.

È il *considerando* n. 18 dir. 05/29 ad eleggere espressamente il consumatore medio a parametro di valutazione della lealtà/slealtà della pratica commerciale, intendendo per "consumatore medio" il soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto[83], tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia».

Il riferimento al consumatore medio non è, però, nuovo. Esso veniva già utilizzato dagli interpreti – e soprattutto dalla giurisprudenza europea – in merito al se accordare la tutela al soggetto destinatario di messaggi pubblicitari ingannevoli[84].

Il consumatore medio viene così individuato sulla scorta di parametri oggettivi, senza però che ciò implichi una valutazione statistica, assurgendo così a modello economico *critico* e *consapevole*, ma non specializzato in quanto solo *normalmente informato* ed *avveduto*[85].

La differenza tra la definizione dell'art. 3 cod. cons. di consumatore e il riferimento al consumatore medio degli artt. 21, 22 e 24 cod. cons. passa anche tramite la definizione di consumatore dell'art. 18 cod. cons. laddove quest'ultima norma definisce il consumatore come una "qualsiasi persona fisica" che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale.

---

[83] Definizione resa per la prima volta da Corte giust., 10 novembre 1982, C-261/81, in *Racc.*, 1983, I-3961, ma v. anche Corte giust. 18 maggio 1993, C-126/91, in *Racc*, 1993, I-2361; Corte giust. 6 luglio 1995, C-470/93, in *Racc.*, 1995, I-1923 e Corte giust. 16 luglio 1998, C-210/96, in *Racc.*, 1998, I-4657.

[84] Corte giust., 16 luglio 1998, C-210/96. Sono numerose le pronunce in cui si fa riferimento al consumatore medio quale soggetto "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto" utilizzato come parametro di valutazione dell'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario. Tra esse v. già Corte giust. 16 gennaio 1992, C-373-90, in *Racc.*, 1992, I-131; Corte giust., 24 ottobre 2002, C-99/01, in *Racc.*, 2002, I, p. 9375; Corte giust. 8 aprile 2003, C-44/01, in *Racc.*, 2003, I, p. 3095; Corte giust. 12 febbraio 2004, C-218/01, in *Racc.*, 2004, I, p. 1725 (in tema di marchio ingannevole).

[85] Sulla nozione di consumatore medio v. la nota bibliografica n. 29.

Il carattere indistinto della definizione resa dall'art. 18 cod. cons. consente di rilevare come in questo caso si prescinda dal rapporto di consumo istauratosi con il professionista evidenziando così il carattere generale del divieto di pratiche commerciali scorrette disciplinato proprio dagli artt. 18 e s. cod. cons.[86]. La differenza di prospettiva è evidente. Mentre negli artt. 3 e s. cod. cons. (e in generale in tutto il codice del consumo) si fa riferimento al rapporto economico instaurato tra *quel* consumatore e un professionista, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette – come già evidenziato *supra* nel primo capitolo – ha una portata macroeconomica che prescinde dai singoli rapporti di consumo.

Il consumatore rileva, dunque, non come soggetto da proteggere nel suo rapporto con il professionista, ma come agente di cui deve essere protetta la sua capacità di compiere scelte economiche razionali scevre da condizionamenti sterni troppo incisivi[87].

La "spersonalizzazione" della nozione di consumatore dell'art. 18 cod. cons. apre dunque la strada all'individuazione del metro di valutazione delle pratiche commerciali scorrette (il consumatore medio), ossia un *soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto* (e non specializzato), che, valutate tutte le circostanze del caso, si aspetterebbe un certo comportamento dal professionista corretto[88]. Un parametro esclusivamente oggettivo che ricorda quello del contraente medio quando, nel diritto comune, si valuta la sua buona fede nell'adempimento delle obbligazioni.

Nonostante l'importanza della figura di consumatore medio, il legislatore europeo non ha inserito nel corpo normativo della direttiva la sua definizione, lasciando l'indicazione al solo testo del *considerando* n. 18.

Anche il legislatore italiano, come la maggior parte di quelli degli Stati membri[89], non ha fornito una definizione di consumatore medio, lasciando così aperta la questione dell'incidenza del *considerando* n. 18 nell'interpretazione della giurisprudenza degli artt. 20 e s. cod. cons.

---

[86] GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., p. 3.

[87] TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, cit., p. 775.

[88] Se la pratica commerciale si rivolge a un determinato gruppo di consumatori, il parametro di valutazione sarà il membro medio di questo determinato gruppo (ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 22).

[89] Ad eccezione della Francia, Estonia, Lettonia e Romania.

In questo quadro, assume un'importanza fondamentale la giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è già formata in tema di pubblicità ingannevole e di quella che si formerà negli anni a venire, ma un ruolo fondamentale lo ha ricoperto una nota pronuncia[90] che ha chiarito come, nell'applicare il concetto di consumatore medio inteso come soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, «debbano essere presi in considerazione svariati elementi. In particolare, occorre verificare se fattori sociali, culturali, linguistici, possano giustificare il fatto che il termine (oggetto del giudizio di ingannevolezza) usato nel messaggio in rapporto al prodotto pubblicizzato possa essere inteso dai consumatori di un paese in modo diverso rispetto ai consumatori di altri paesi UE»[91].

Il canone di valutazione sul consumatore medio è, dunque, sì oggettivo, ma legato a fattori (ad. es. sociali, culturali e linguistici) inerenti al caso concreto, i quali si pongono come elementi non tanto di contemperamento del criterio oggettivo, quanto di specificazione della fattispecie. Il consumatore medio è un canone di valutazione quanto più preciso se viene calato nella situazione concreta in cui la pratica commerciale produce il suo effetto.

L'esatto inquadramento della figura di consumatore medio operata dal *considerando* n. 18 non può prescindere dal suo tenore letterale. Gli avverbi utilizzati dal legislatore europeo (normalmente e ragionevolmente) sono, infatti, volutamente ampi fino a sconfinare nella vaghezza, ma ciò è determinato dalla strutturale indeterminatezza delle pratiche commerciali. A questo va aggiunto che il parametro di determinazione della figura di consumatore medio deve tenere conto di fattori sociali, culturali e linguistici che accentuano l'impossibilità di determinare *a priori* questa figura. Tutto ciò ha ovviamente destato qualche perplessità e critica alla scelta del legislatore europeo di ancorare il giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale a parametri che sfuggono a una precisa determinazione.

---

[90] Corte giust., 13 gennaio 2000, C-220/98, che si è inserita nel solco aperto da Corte giust., 16 luglio 1998, C-210/96, cit., sulla quale si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale ormai pressoché granitico.

[91] Corte giust. 13 gennaio 2000, C-220/98, cit., punto 29. Sulla necessità di tenere in conto i fattori sociali, culturali e linguistici per la definizione del consumatore medio v. T. WILHELMSSON, *Harmonizing Unfair Commercial practicies Law: the Cultural ad Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, p. 461 s. (spec. p. 478 s.).

Il concetto di consumatore medio è stato ritenuto tuttavia "desueto"[92] poiché non tiene conto che ormai gli strumenti di *marketing* sempre più affinati consentono di individuare e definire pratiche sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori, ma ai soggetti singoli, o comunque sempre meglio individuati. I metodi di *marketing* utilizzati oggigiorno riescono ormai ad elaborare una quantità di dati commerciali, soprattutto statistici, tali da poter delineare profili di consumatore molto precisi e, dunque, consentono al professionista di ottimizzare l'approccio con i consumatori secondo logiche "personalizzate"[93].

A ben vedere, però, in questa specola il concetto di consumatore medio viene valutato in senso statico, ma proprio il riferimento a una figura astratta, frutto di un'analisi della massa di consumatori effettuata nel momento in cui viene valutata la correttezza o meno della pratica, svela la continua attualità dell'individuazione del parametro di valutazione effettuata di volta in volta senza ancoraggi col passato.

Benché la figura di consumatore medio si poggi su elementi di individuazione oggettivi, gli stessi elementi devono tener conto di fattori propri della singola pratica (o meglio, della sua attitudine ad intaccare la libertà di scelta del consumatore) e dei fattori esterni – le "singole circostanze" – in cui essa si manifesta. Tutto ciò concorre nell'individuazione del consumatore medio, rendendo sempre attuale il parametro di valutazione della correttezza/scorrettezza della pratica poiché l'individuazione viene fatta per il caso concreto[94].

---

[92] M. ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivo e questioni irrisolte*, in *Le pratiche commerciali sleali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007, p. 72 s.

[93] Il ragionamento è in realtà più complesso. Esso muove dal fatto che se è pur vero che per motivi di efficienza le imprese pongono in essere pratiche di *marketing* generalizzate, quando l'incremento dell'intensità competitiva ha minacciato proprio gli equilibri di mercato di efficienza fondati sulla commercializzazione di massa, le imprese hanno modificato l'approccio al mercato stesso articolando e scomponendo la massa indistinta di consumatori in vari segmenti di mercato sempre più settoriali. Il fenomeno economico descritto è definito come *mass customization* (ADDIS, *ibidem*, p. 72; B.J. PINE II, *Mass Customization. The new frontier in business competition*, Harvard, 2003, *passim*).

[94] Sulla stessa scia del ragionamento appena delineato, ma con prospettazioni in parte diverse, ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 75.

3. *I consumatori particolarmente vulnerabili*.

Una particolare disciplina è dettata per i consumatori particolarmente vulnerabili in ragione della loro età o di particolari condizioni fisiche, psichiche, sociali o culturali.

Il riferimento a queste determinate categorie di persone ha la funzione di irrigidire il giudizio sulla correttezza/scorrettezza della pratica commerciale in ragione della maggior facilità per la pratica medesima di influenzare in maniera significativa la capacità e la libertà di scelta per queste categorie di persone[95].

In realtà, il legislatore non intende modificare il parametro di valutazione di una pratica commerciale scorretta, ma ridefinirla entro confini più rigidamente delineati. Il parametro resta quello del consumatore medio inteso come il *consumatore particolarmente vulnerabile medio*, ma il giudizio è più restrittivo[96].

La *ratio* di questa norma è palese e risiede nell'esigenza di tutelare con maggior rigore i soggetti che più di altri sono vulnerabili, ma a ben vedere un'interpretazione corretta del concetto di consumatore medio non potrebbe che portare alla scelta compiuta dal legislatore: qualora la pratica colpisca – anche solo potenzialmente – un consumatore particolarmente vulnerabile, il parametro di valutazione della correttezza/scorrettezza della medesima pratica è quello dell'influenzabilità oltre il livello di tolleranza del consumatore medio *di quella particolare categoria di consumatori*, ossia quella vulnerabile sotto quel particolare aspetto (es. bambini)[97].

Ciò che risalta in questo quadro è la maggior difficoltà di individuazione del consumatore medio nel caso in cui la particolare vulnerabilità del soggetto derivi da determinate condizioni *sociali* o *culturali*, giacché queste condizioni sono spesso di

---

[95] V. G. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Torino, 2002, *passim*, tra i primi a introdurre il concetto di consumatore medio.

[96] Appare opportuno fare una precisazione terminologica. Ciò che qui rileva non è la vulnerabilità in sé, ma la *particolare* vulnerabilità del consumatore medio poiché far riferimento alla vulenerabilità *tout court* significherebbe rendere assai ardua l'individuazione della classe di consumatori da cui estrapolare la figura del consumatore medio.

[97] Per SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio*, cit., p. 157 s., la mancanza di differenziazione tra consumatore vulnerabile e consumatore medio produrrebbe un risultato paradossale: anche i consumatori specificamente vulnerabili concorrerebbero alla determinazione del parametro di consumatore medio sebbene non siano destinatari della pratica rendendo così quest'ultima discorsiva e quindi illecita. Questo risultato sarebbe scongiurato, però, con il rilievo del gruppo di consumatori cui si rivolge la pratica commerciale.

difficile individuazione non consentendo il rilievo di una categoria di consumatori omogenea e univocamente delineabile in base ad elementi comuni e costanti, rischiando così di far scivolare il criterio di valutazione poggiato su elementi oggettivi, ma analizzati in concreto, in una dimensione prettamente soggettiva.

Il paradigma cui il codice del consumo si è ispirato per la tutela diversificata per il consumatore medio e per quello particolarmente vulnerabile è quello già delineato dall'art. 1435 c.c. in tema di violenza morale laddove il legislatore lega la valutazione sull'oggettiva incidenza della forza coercitiva del comportamento di un contraente nei confronti della volontà dell'altro contraente in ragione dell'età, del sesso e della condizione delle parti.

I criteri di valutazione della particolare vulnerabilità di una condotta "violenta" secondo il diritto comune possono essere utilizzati nell'analisi dell'aggressività di una pratica commerciale giacché, come *supra* evidenziato, tra gli elementi caratterizzanti la fattispecie vi è la *coercizione* e soprattutto perché le due discipline hanno una *ratio* comune: tutelare la libertà del soggetto consentendogli di assumere una decisione commerciale scevra da condizionamenti esterni[98].

Sulla scorta del rilievo nel giudizio di annullamento del contratto per violenza morale esercitata su uno dei contraenti delle particolari condizioni di quest'ultimo, la previgente disciplina consumeristica sulla pubblicità valutava la percezione di ingannevolezza tenendo conto del tipo di prodotto o servizio pubblicizzato e, per quel che qui interessa, sulla base di alcuni elementi soggettivi, ossia l'età, il contesto socioculturale, ecc.

L'attuale art. 20, co. 3, cod. cons., sancisce il divieto di 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 vulnerabili in ragione della loro *infermità mentale o fisica*, della loro *età* o *ingenuità*.

---

[98] ZORZI GALGANO¸ *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 30. I punti di contatto tra le due discipline si fermano arrestano agli elementi sopra esposti. Esse hanno riguardo, infatti, ad aspetti diversi del rapporto poiché la violenza morale si riferisce all'atto mentre le pratiche aggressive all'attività (sulla diversità sul piano dei rimedi civilistici v. *infra* Cap. IV, § 6)

La nuova disciplina di protezione dei consumatori particolarmente vulnerabili appare più ampia di quella previgente in materia di pubblicità e ciò è giustificato anche dal fatto che ormai l'evoluzione tecnologica rende sempre più agevole il contatto tra soggetti più vulnerabili e professionisti senza adeguato controllo. Si pensi, ad esempio, alle pratiche commerciali che veicolano tramite *internet* o telefonia mobile laddove il professionista non ha neppure il contatto diretto con il consumatore. In questo caso, perché la pratica commerciale possa considerarsi corretta, il professionista deve adottare *particolari* accorgimenti in ragione della condizione dei consumatori cui si rivolge[99].

Secondo il *Considerando* n. 19, qualora solo il comportamento economico di una classe di consumatori particolarmente vulnerabile in ragione dell'età, dell'infermità o dell'ingenuità, sia suscettibile di essere distorto da una pratica che, viceversa, deve ritenersi corretta poiché non influenza in maniera decisiva la capacità decisionale del consumatore medio, il professionista deve comunque adottare ogni cautela utile a tutelare i consumatori particolarmente vulnerabili «nell'ottica del membro medio di detto gruppo».

La legittimità della pratica non esclude, dunque, un ulteriore obbligo per il professionista di protezione dei consumatori particolarmente vulnerabili per i quali si devono adottare delle idonee misure di tutela in relazione alla vulnerabilità del consumatore medio di detto gruppo secondo ciò che il professionista può ragionevolmente prevedere.

4. *Le microimprese*.

Con il "decreto liberalizzazioni" (d.l. 1/12 convertito con modificazioni dalla l. 27/12) il Governo, tra i vari provvedimenti, ha apportato delle importanti modifiche al codice del consumo. Più specificamente, ha introdotto un'ulteriore competenza per

[99] PS/32, Provv. 18951, in *Boll.* 37/2008 e PS/457, Provv. 18779, in *Boll*. 32/2008.

l'Autorità *antitrust* in materia di clausole abusive[100], ha modificato la *class action*[101] e ha disciplinato il contenuto delle carte di servizio[102], e ha allargato la tutela del consumatore da pratiche commerciali scorrette a un soggetto coniato proprio dal medesimo decreto legge recependo la Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003[103]. Con questa Raccomandazione la Commissione europea riconduce la microimpresa nel più ampio gruppo di piccole e medie imprese definendola come «un'impresa che occupa meno di dieci persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro».

Il testo del decreto legge, destando un certo scetticismo[104], aveva definito la microimpresa come una qualsiasi «entità, società di persone o associazione che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare». La decretazione d'urgenza si mostrava, tuttavia, alquanto imprecisa poiché, nel dare ingresso nell'ordinamento italiano a una figura ad esso sconosciuta, non ancorava ad alcun elemento quantitativo l'individuazione della microimpresa.

---

[100] L'art. 5, d.l. 1/12 ha aggiunto il nuovo art. 37 *bis* al cod. cons. (Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie), modificato in sede di conversione, ai sensi del quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, previo accordo con le associazioni di categoria, d'ufficio o su denuncia dei consumatori interessati, dichiara l'abusività delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Il provvedimento che accerta l'abusività della clausola è diffuso mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta abusiva e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori. In via preventiva, le imprese interessate hanno facoltà di interpellare l'Autorità in merito all'abusività delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori. Nel caso in cui le clausole fossero ritenute non abusive a seguito di interpello, l'Autorità non potrà successivamente valutare incidentalmente le stesse clausole come abusive. Resta intatta, invece, la giurisdizione del giudice ordinario sull'abusività delle clausole e sul risarcimento del danno. In materia di tutela giurisdizionale, contro gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo, è competente il giudice amministrativo.

[101] L'art. 6 d.l. 1/12, convertito con modificazioni dalla l. 27/12, ha esplicitato che l'oggetto dell'azione di classe è l'accertamento delle responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore dei consumatori, ha chiarito che essa tutela interessi e diritti *omogenei* e ha esteso la sua esperibilità alla tutela degli interessi collettivi.

[102] Ai sensi dell'art. 8 d.l. 1/12, convertito con modificazioni dalla l. 27/12, le carte di servizio - nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito - indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura.

[103] Pubblicata in g.u.u.e. del 20 maggio 2003, n. L 124.

[104] MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 166-167.

La legge di conversione ha così corretto la definizione di microimpresa individuandola come «entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003», recependo appieno, così, la definizione della Commissione europea e rendendo meno imprecisa questa nuova figura.

L'intervento novellativo ha così aperta anche alla tutela delle piccole imprese (*rectius*: microimprese) che finora dottrina e giurisprudenza si erano spesi per escludere, restringendone la tutela alle sole ipotesi espressamente previste, come l'abuso di posizione dominante e il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali[105].

Al di là delle perplessità circa la qualificazione delle "microimprese" (identificate solo con il criterio quantitativo dell'impiego di meno di dieci dipendenti e un fatturato inferiore a due milioni di euro), la novella ha comunque il merito di fornire una tutela più incisiva alle imprese "deboli" che va ad affiancarsi alla fattispecie di abuso di dipendenza economica disciplinato dalla l. 18 gennaio 1998 n. 192 e alla disciplina del ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali contenuta nel d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 e ora oggetto della nuova direttiva 16 febbraio 2011 n. 7.

Ciò che sorprende è anche la circostanza che il legislatore si è limitato a modificare solo gli artt. 18 e 19 cod. cons. (quest'ultimo ha esteso la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai "rapporti tra professionisti e microimprese" sancendo espressamente che, in materia di pubblicità ingannevole, la tutela per queste ultime resta disciplinata dal d.lgs. 145/2007), senza toccare gli artt. 20-26 cod. cons. che continuano a far riferimento solo ai consumatori.

---

[105] Il dibattito, in realtà, è più complesso e lo si è tratteggiato *supra* Cap. II, § 1, a proposito della definizione di consumatore. Si pensi alla sentenza Corte cost. 22 novembre 2002 n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 340, con nota di A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità* e in *Danno e resp.*, 2003, p. 701 s., con nota di E. PERFUMI, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 cod. cons. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane reputando le stesse idonee a contrarre su un piano di formale parità con i professionisti.

Questa particolarità ha suscitato un dubbio tutt'altro che peregrino[106]. Il nuovo art. 19 cod. cons. applica la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra microimprese e consumatori, ma senza spiegare se la tutela sia solo "a senso unico", ossia la tutela della microimpresa nei confronti delle pratiche commerciali poste in essere dai professionisti e non viceversa. In altre parole, il legislatore della riforma non si è limitato ad affiancare la microimpresa al consumatore ponendoli sullo stesso piano di tutela nei confronti del professionista.

Il tenore letterale dell'intervento novellativo potrebbe far ritenere che le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese sono senz'altro quelle poste in essere dai primi nei confronti delle seconde, ma anche il contrario. Del resto, tanto le microimprese quanto i professionisti sono soggetti che esercitano un'attività economica.

L'interpretazione appena compiuta appare paradossale e di difficile condivisione. È pacifico, infatti, che il legislatore abbia voluto estendere la tutela del consumatore alle microimprese presumendo la loro "debolezza" nel loro rapporto con il professionista e rispetto a questo e che la figura di microimpresa valga solo ad individuare uno dei destinatari (assieme al consumatore) della tutela contro le pratiche commerciali scorrette. Ciò che determina la protezione della microimpresa è la presunzione di debolezza di un soggetto rispetto a un altro. Il *discrimen* tra questi due soggetti (il professionista e la microimpresa da tutelare) è la finalità commerciale dell'agire del primo nei confronti della seconda. Nulla toglie, infatti, che una microimpresa sia "sanzionata" per pratiche commerciali ritenute scorrette nei rapporti con altre microimprese qualora la prima agisca per promuovere e commercializzare il proprio prodotto o servizio. In altre parole, la microimpresa sarà sanzionata se agisce da professionista (tanto più che il professionista è una figura residuale che non ha elementi di identificazione dimensionali o quantitativi).

Ad ogni modo, il dubbio interpretativo sollevato circa l'inversione dei ruoli professionista-microimpresa nella tutela da pratiche commerciali scorrette mostra come l'imprecisione del legislatore della riforma possa causare incertezze rilevanti nei rapporti giuridici. La disattenzione del legislatore si deve ravvisare anche nella rubrica

---

[106] ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 156-157.

dell'art. 7 d.l. 1/12 laddove si fa riferimento alla tutela delle microimprese da *pratiche commerciali ingannevoli e aggressive* in luogo del più generale (e corretto) riferimento a tutte le pratiche scorrette.

L'elemento più evidente di distonia appare essere però il mancato riferimento alla "microimpresa media".

Se, infatti, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si impernia sulla tutela della libertà e capacità di scelta del consumatore medio, non si comprende quale criterio di valutazione della scorrettezza del professionista debba essere utilizzato per questo nuovo soggetto. Il legislatore della riforma non ha modificato, infatti, il riferimento all'idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico *del consumatore medio*, né questo assunto può essere integrato dal riferimento alle microimprese tramite il ricorso all'analogia.

Se il legislatore avesse integrato i riferimenti al consumatore medio con quelli della microimpresa media, però, avrebbe forse complicato il quadro normativo già non di agevole interpretazione. Se non è semplice individuare la figura di consumatore medio soprattutto in una classe di consumatori non ben individuata, delineare la figura di microimpresa media è quasi impossibile.

La microimpresa è, infatti, una figura del tutto eterogenea, sia per la definizione vaghissima fornita dal legislatore per cui si accomunano associazioni e società, società di persone e società di capitali, ditte individuali o imprese familiari e enti che occupano dieci persone (ossia un'impresa non tanto piccola considerando le dimensioni delle piccole e medie imprese italiane), cooperative e qualsiasi altra *entità* che esercita un'attività economica, sia per il requisito del fatturato/bilancio annuale che va da zero a due milioni, sia soprattutto per il fatto che non vi è alcuna specificazione dell'attività economica esercitata.

La scelta di non fare riferimento a una "microimpresa media" non appare, dunque, errata, ma occorre definire il parametro di valutazione della scorrettezza delle pratiche commerciali ad esse destinate che sostituisca quello del consumatore medio.

Nel silenzio della legge, una via praticabile è quella di compiere una valutazione del comportamento del professionista verso la microimpresa coinvolta nella pratica. In altre parole, la pratica commerciale verso la microimpresa è analizzata non con

riferimento a un soggetto medio poiché in questo caso tale figura non è individuabile *a priori*, ma con riferimento alla specifica microimpresa coinvolta: la pratica commerciale deve considerarsi scorretta se, contraria alla diligenza professionale, è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico della microimpresa destinataria della pratica.

La valutazione apparentemente in chiave soggettiva della pratica si basa comunque su un dato oggettivo, ossia la contrarietà alla diligenza professionale che ragionevolmente gli operatori del mercato possono attendersi dal professionista. Ciò, però, non consente di coprire il fianco prestato dall'interpretazione appena delineata: la valutazione della scorrettezza della pratica operata sulla base dell'incidenza sulla capacità e sulla libertà decisionale della singola microimpresa tradisce la vocazione generale della disciplina in commento spostando la specola sul singolo rapporto piuttosto che sull'intero mercato.

5. *Apertura al"terzo contratto" o al contratto asimmetrico?*

L'estensione della tutela consumeristica alle "microimprese" è un elemento che interseca il dibattito sulle figure dottrinarie del contratto asimmetrico e del c.d. terzo contratto[107], allungando la lista degli interventi di protezione delle imprese deboli: oltre a quelli già citati, le disposizioni a tutela dei fruitori di servizi di erogazione di acqua, luce e gas a prescindere dalla loro natura di consumatore *ex* art. 3, n. 1, dir. 11/83[108], o ancora quelle a tutela del turista quale acquirente, cessionario ovvero persona anche da nominare tutelata a prescindere dalla sua natura di persona fisica o dalla finalità di

---

[107] M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, *Contr. impr*, 2013, p. 91 s.

[108] Il *considerando* n. 13 dir. 11/83 compie la più ampia apertura della tutela consumeristica alle persone giuridiche e alle persone fisiche non consumatori. Esso prevede, infatti, che «gli Stati membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le *start-up* o le piccole e medie imprese». Il baricentro della tutela si sposta, dunque, sempre più verso l'asimmetria di potere contrattuale in sé.

acquisto per scopi estranei all'attività imprenditoriale, artigianale o professionale *ex* art. 33 cod. tur., ed infine quelle –anch'esse già ricordate – a tutela delle piccole e medie imprese contenute nella versione originale della proposta di regolamento su di un diritto comune europeo della vendita transfrontaliera[109]. Un cenno a parte meritano, poi, le nuove diposizioni in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari contenute nell'art. 62 d.l. 1/12[110]. L'articolo in esame, nella sua versione originaria, prevedeva che i contratti aventi come oggetto la cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, dovessero essere stipulati obbligatoriamente per iscritto a pena di nullità e dovessero indicare la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto, nonché il prezzo e le modalità di consegna. Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha soppresso la sanzione della nullità per difetto di forma dei contratti summenzionati, lasciando inalterato il resto della disposizione in cui, peraltro, il secondo periodo del primo comma, per cui: «I contratti devono essere informati ai principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti». Il secondo comma vieta una serie di comportamenti ritenuti scorretti mentre il terzo disciplina i termini massimi di pagamento. La violazione di uno dei precetti della norma comporta l'irrogazione da parte dell'Agcm di sanzioni pecuniarie, fatto salvo il diritto dei singoli (e delle associazioni di consumatori e di imprenditori) di agire per il risarcimento del danno e anche per l'inibitoria *ex* art. 669 *bis* c.p.c.

L'estensione della tutela consumeristica contenuta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette alle microimprese, unitamente agli altri elementi appena enucleati, contribuisce a rendere più credibile la figura del contratto asimmetrico e del cliente[111] e a sminuire il rilievo del c.d. terzo contratto? Nonostante sia evidente il progressivo allargamento della tutela dei soggetti che, seppur diversi dai consumatori e non riducibili ad essi, devono essere considerati "deboli" sia dal punto di vista dell'acquisizione delle informazioni utili a contrarre, sia dal punto di vista del potere di negoziare a condizioni sostanzialmente di parità con i soggetti professionisti (ma qui

---

[109] MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 163-164.

[110] TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, *Contr. impr*, 2013, p. 91 s.

[111] V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 19 s.

occorrerebbe – allargando forse troppo l'orizzonte della ricerca – interrogarsi se abbia ancora senso parlare di "professionista" come controparte contrattuale di un'impresa, media, piccola o "micro" che sia), la strada verso il riconoscimento di un nuovo paradigma contrattuale appare ancora preclusa dalla circostanza che la debolezza di alcune persone giuridiche rispetto ad altri soggetti "professionisti" «non si presta ad alcuna schematizzazione tramite la tecnica della fattispecie analitica, preordinata a delineare in termini generali e astratti l'impresa strutturalmente debole»[112].

Il carattere "debole" di taluni soggetti non si proietta nello schema astratto del negozio concluso, bensì nel suo contenuto, ed è affidando a tali soggetti un rimedio che sani l'eventuale squilibrio delle prestazioni dedotte nel rapporto contrattuale che si tutela più efficacemente il soggetto ritenuto debole. L'estensione *tout court* della disciplina delle pratiche commerciali scorrette alle "microimprese" rappresenta un grosso passo avanti sulla strada della creazione dogmatica del contratto asimmetrico, ma forse il passo decisivo sarebbe rappresentato dall'estensione di *tutta* la disciplina consumeristica a soggetti più deboli rispetto ad altri, a prescindere dalla "causa di consumo" dei relativi contratti e con la necessità di delineare con chiarezza e precisione tali soggetti[113].

L'apertura al "contratto dell'impresa debole" come terzo contratto dopo quello di diritto comune e quello del consumatore, come già evidenziato, si pone come ulteriore spunto per il delineamento del nuovo modello contrattuale di stampo europeo contraddistinto da un'asimmetria di potere contrattuale in cui il giudice assume un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo che non ha eguali nel diritto comune e solo qualche accostamento nel diritto consumeristico.

Contratto con asimmetria di potere contrattuale e "terzo contratto" non vanno ovviamente confusi. Il secondo è un modello contrattuale da affiancare al contratto di diritto comune e quello del consumatore, mentre il primo assume il ruolo di autentico, nuovo *paradigma* di modello contrattuale, da affiancare a quello di diritto comune,

---

[112] MAZZAMUTO, *ibidem*, p. 165

[113] Per un approfondimento invece sul c.d. "terzo contratto" v. , oltre a TAMPONI, *op. ult. cit*., anche i recenti M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, *Contr. impr*, 2013, p. 69 s., spec. p. 72 s., e P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012, p. 95 s. a cui si rinvia per una più ampia bibliografia.

contraddistinto dalla posizione contrattuale di una delle parti più debole rispetto all'altra.

6. *Il professionista*.

La definizione di professionista offerta dall'art. 3, lett. *c*), cod. cons. non ha mai causato dubbi interpretativi degni di nota[114], così come quella dell'art. 18, lett. *b)*, cod. cons. La differenza tra le due definizioni risiede nel fatto che nella seconda il professionista viene identificato con *qualsiasi* persona fisica o giuridica che agisce *nel quadro* della sua attività commerciale, ricomprendendovi anche chi agisce in nome e per conto del professionista.

Sono tre le piccole differenze tra la definizione generale e quella dettata relativamente alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette poiché quest'ultima: *a)* fa riferimento a *qualsiasi* persona fisica o giuridica; *b)* fa riferimento non all'agire commerciale ma all'agire *nel quadro* dell'attività commerciale; *c)* ricomprende nella nozione di professionista anche chi agisce in nome e per conto di esso, senza limitare l'estensione al solo *intermediario*.

Per ciò che concerne la prima e la seconda differenza, la dottrina è concorde nel ritenere che non vi sia alcuna differente conseguenza sul piano sostanziale della disciplina. Il riferimento all'agire nel quadro dell'attività può, al massimo, evidenziare un allargamento della fattispecie anche a chi non solo sta compiendo atti caratteristici della propria attività, ma anche quelli che sono solo connessi con l'attività commerciale[115]. Del resto, il riferimento al professionista come a «*qualsiasi* persona fisica o giuridica» fa il paio con la definizione di consumatore dettata dall'art. 18, lett. *b)*, cod. cons. come «*qualsiasi* persona fisica».

---

[114] V., tra i tanti, A.M. PRINCIGALLI, *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in *Le vendite aggressive*, a cura di A. IANNARELLI, Napoli, 1995, p. 57; P. BONOFIGLIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469* bis *c.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, p. 178; F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di consumatore e professionista*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di S. PATTI e G. ALPA, Milano, 2003, p. 139 s.

[115] ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 82.

La terza differenza risiede nel non aver riportato la locuzione "intermediario del professionista" con riferimento a quei soggetti che agiscono in nome e per conto del professionista. La questione sembra anche in questo caso confermare che le differenze lessicali sono assolutamente marginali. In quest'ultimo, infatti, se si volesse ricavare un significato dalla diversità di linguaggio, essa potrebbe essere giustificata dall'intento di eliminare imprecisione del riferimento all'intermediario dell'art. 3[116], oppure si potrebbe argomentare che con quest'obiettivo allargamento della definizione di professionista il legislatore ha voluto rimarcare la vocazione generalista della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Ad ogni modo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come la qualifica di professionista vada riconosciuta a «chiunque partecipa alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico/commerciale»[117].

---

[116] E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/ce*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, cit., p. 75 s.

[117] Tar Lazio, 25 gennaio 2012, n. 1575 a proposito dell'impugnazione di un provvedimento dell'Autorità *antitrust* di declaratoria di scorrettezza di una pratica commerciale.

Capitolo III

GLI STRUMENTI DI TUTELA NEI CONFRONTI DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

SOMMARIO: 1. Il procedimento innanzi all'Autorità *antitrust*. 2. La tutela collettiva. 3. La tutela individuale. Rinvio.

1. *Il procedimento innanzi all'Autorità* antitrust.

L'art. 11 della dir. 05/29 non indica specificamente quali debbano essere gli strumenti di controllo e di sanzione per chi ponga in essere pratiche commerciali scorrette, lasciando gli Stati membri liberi di decidere tra una tutela giudiziaria e una amministrativa affidata ad una autorità. Il legislatore italiano ha così optato per il c.d. doppio binario di tutela privatistico e pubblicistico[118] affidando il secondo (con l'art. 27 cod. cons.) all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, già competente in materia di pubblicità ingannevole nella disciplina previgente[119].

---

[118]Sulla tutela amministrativa v. A. MANCINI e S. PERUGINI, *Tutela amministrativa e giurisdizionale,* in *Le modifiche al codice del consumo,* cit., p. 275 s. e p. 284 s.; A.M. MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. tur.*, 2007, p. 345 s.; E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 271 s.; FATTORI, *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 99 s.; C. TUVERI, *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 1847 s.; specificamente sul mercato del credito e delle assicurazioni, AAVV, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito,* a cura di V. MELI e P. MARANO, Torino, 2011 Va altresì segnalato che il potere di intervento dell'Agcm, come quello di tutte le autorità indipendenti degli stati membri, è esteso anche al controllo delle pratiche transfrontaliere, come già disposto dal reg. 2006/04 in materia di pubblicità ai consumatori (MANCALEONI, *ibidem*, p. 348). Le valutazioni e le pronunce dell'organo amministrativo e di quello giudiziale sono autonomi poiché diverso è l'interesse sotteso alla richiesta di tutela; ciò però consente una sorta di "dialogo" tra i due organi stante l'identità degli elementi fattuali su cui basare la decisione che, per FATTORI, *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 99, sfocia sovente in una "notevole deferenza" del giudice rispetto all'Autorità.

[119] N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* in *Contr. impr.*, 2010, p. 433 s.

La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, anche sul versante del controllo amministrativo, si pone come strumento di tutela innovativo ed efficace. Tra le novità più importanti in materia va evidenziato innanzitutto il potere di procedere d'ufficio anche in difetto di una segnalazione di un consumatore o di un'associazione di consumatori, nonché il potere di ottenere dal professionista scorretto l'impegno a cessare la pratica, pubblicare tale impegno e renderlo obbligatorio per tutti i professionisti[120].

La competenza dell'Autorità *antitrust* è altresì necessaria soprattutto per rispondere all'esigenza di efficacia dei provvedimenti nel caso si stia svolgendo una pratica commerciale scorretta soprattutto perché, per ciò che concerne l'interesse del singolo, il "valore della controversia" è spesso irrisorio rispetto all'impatto sul mercato della pratica.

In altre parole, affidare al solo strumento privatistico la tutela da pratiche commerciali scorrette – che, si è già ampiamente evidenziato, equivale a tutelare il mercato nella sua globalità come luogo artificiale di regolazione degli interessi economici[121] – rischia di rendere la normativa sfornita dell'efficacia di intervento di correzione delle posizioni di interesse rese squilibrate dalla scorrettezza del mercato[122]. L'interesse superiore a un mercato corretto rischierebbe, in altre parole, di essere tutelato solo tramite la protezione di interessi individuali di un valore talmente esiguo da rendere diseconomico il ricorso agli strumenti forniti dal sistema[123].

In sede di recepimento, l'elevata diffusione del ricorso pressoché quotidiano a pratiche commerciali sleali e l'interesse pubblico a un mercato quanto più possibile contraddistinto da correttezza nei rapporti tra gli operatori hanno determinato la scelta

---

[120] FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, cit., p. 274.

[121] Artificialità del "luogo" mercato evidenziata da IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 10 e ripresa da P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*[3], Napoli, 2006, p. 478

[122] La scelta si inserisce nel dibattito sorto negli anni Settanta sull'esigenza di affiancare ala tutela giudiziale del consumatore altri strumenti che garantissero una protezione più adeguata ed efficiente (cfr. più in generale V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano 1975; S. RODOTÀ, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977; G. ALPA e M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997 e ALPA, *La tutela dei consumatori*, cit., p. 162 s.

[123] A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 383-384.

per il legislatore italiano di affidare alla già operativa Autorità *antitrust* il compito di tutelare i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette. La scelta è stata sistematicamente corretta e quasi naturale viste le competenze in materia di tutela dei consumatori e tutela del mercato che già erano affidate all'Agcm[124].

All'Autorità vengono così affidati i poteri investigativi ed esecutivi di carattere cautelare, inibitorio e sanzionatorio. L'Agcm può intervenire, infatti, quando è in corso una pratica commerciale vietata con un provvedimento che obbliga la cessazione di tale pratica oppure quando la pratica ha già esaurito i suoi effetti con un provvedimento che la porta a conoscenza dei consumatori (per es. con una pubblicazione in un quotidiano di diffusione nazionale) segnalandone il carattere illecito e con la specificazione dell'aspetto considerato scorretto, nonché con una sanzione pecuniaria nel caso in cui i professionisti interpellati non forniscano le informazioni richieste dall'Autorità nella fase istruttoria. Al Tar del Lazio (sede di Roma) è affidata poi la competenza inderogabile sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità.

In estrema sintesi, il procedimento si compone di tre fasi: la *fase pre-istruttoria*, quella *istruttoria* e quella *decisoria*, a cui si affianca l'eventuale *fase cautelare*[125].

Nella *fase pre-istruttoria* l'Autorità valuta sommariamente i fatti segnalati o individuati d'ufficio, acquisisce informazioni da enti pubblici e privati e, se non dovesse ritenere di archiviare la vicenda e se la fattispecie non presenta profili di particolare gravità, può invitare il professionista ad eliminare i profili di scorrettezza.

Questa fase, sconosciuta al sistema previgente, consente un dialogo costruttivo di "correzione" delle condotte dei professionisti evidenziando come l'Autorità abbia un ruolo di "controllore" del mercato e "correttore" delle piccole distorsioni, prima di

---

[124] E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 332 s.; FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, cit., p. 277-278, alla quale si rinvia per una compiuta elencazione delle ragioni a sostegno della scelta del legislatore.

[125] Il procedimento è disciplinato dal *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*, adottate dall'Autorità ai sensi dell'art. 27, co. 11, d.lgs. 146/07, con provvedimento del 15 novembre 2007, n. 17589 e pubblicato in g.u. 5 dicembre 2007, n. 283. Cfr. V. FALCE, *Commento ai regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 57 s. La scelta di lasciare all'Autorità il potere di emanare i regolamenti sulle procedure piuttosto che delegare l'esecutivo (come per la previgente normativa in tema di pubblicità ingannevole il cui procedimento era disciplinato dal d.p.r. 284/2003) evidenzia ancor di più l'indipendenza dell'Agcm e il ruolo di "controllore" e "regolatore" del mercato (FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, cit., p. 275).

essere un “sanzionatore”. Proprio perché le “pratiche commerciali” abbracciano ogni comportamento del professionista atto a promuovere e a commercializzare i propri prodotti o servizi, lo strumento dell’“invito alla correzione” appare idoneo a prevenire la distorsione del mercato in una fase in cui gli effetti di illecita influenza non si sono prodotti.

Per l’esercizio di questa prerogativa occorre la sussistenza di due requisiti: sommaria valutazione positiva di aspetti scorretti di una prativa e mancanza di particolare gravità della condotta, intesa come mancanza di ricadute rilevanti sul mercato.

Il professionista è invitato a questa sorta di “ravvedimento operoso” non da un organo collegiale (quello che, nella fase decisoria, emette il provvedimento), ma dal responsabile del procedimento. Ciò, se da un lato comporta una certa flessibilità data dal fatto che questa fase non è strettamente disciplinata e che non culmina con un provvedimento, dall’altro lato può determinare incertezza sulle *policies* adottate dall’Autorità poiché la valutazione è individualizzata e rimessa alla discrezionalità del singolo responsabile del procedimento[126]. Un temperamento alla ampia discrezionalità del responsabile del procedimento si rinviene nell’obbligo per quest’ultimo di informare il Collegio del suo “invito” al professionista, ma nel regolamento non v’è traccia di eventuali poteri di indirizzo, censura o altro del Collegio medesimo rispetto all’attività del responsabile del procedimento.

La *fase istruttoria* non è difforme da quella disciplinata dalla normativa previgente, né vi sono aspetti degni di particolare attenzione. Va segnalato che in questa fase partecipano non solo i soggetti coinvolti, ma anche portatori di interessi pubblici o privati, nonché soggetti portatori di interessi diffusi quali associazioni e comitati di consumatori, sindacati, ecc. La partecipazione di questi ultimi non è limitata solo alla presentazione di memorie, ma si estende anche al contraddittorio orale.

Per ciò che concerne la posizione del professionista, la nuova disciplina si mostra più “garantista” allargando le facoltà già concesse a quest’ultimo. In particolare, il

---

[126] FALCE, *Commento ai regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 59, rilevato il problema, evidenzia come sia necessaria l’emanazione di «*Guidelines*, per un corretto e “garantistico”, orientamento dei professionisti e dei consumatori coinvolti nelle operazioni commerciali».

professionista può, entro tre mesi dall'avvio della fase istruttoria, formalizzare spontaneamente degli impegni volti a eliminare gli elementi di scorrettezza della pratica (salvo che gli elementi non siano di tale gravità da essere ineliminabili).

Accanto a quella istruttoria, si può aprire anche una *fase cautelare*, in cui il Collegio, sentite sommariamente le parti (o addirittura, in caso sussistano particolari esigenze di indifferibilità del provvedimento, *inaudita altera parte*), emana un provvedimento di sospensione provvisoria della pratica commerciale, il quale sarà poi confermato, modificato ovvero revocato dallo stesso Collegio nel merito con la decisione definitiva.

Terminata l'istruttoria, si apre la *fase decisoria* che ricalca sostanzialmente il sistema previgente. Le parti, informate della chiusura dell'istruttoria, presentano delle memorie conclusive e, successivamente, il fascicolo viene trasmesso al Collegio per il provvedimento decisorio.

2. *Segue. Il rapporto tra l'Agcm e le altre autorità.*

Le pratiche commerciali scorrette sono presenti in ogni branca del mercato e, perciò, anche in settori che sono regolamentati e vigilati da autorità indipendenti diverse dall'Agcm. Proprio il rapporto tra l'Autorità *antitrust* e quella delle Comunicazioni è stato al centro del *linked case* risolto dalla recente serie di sentenze del Consiglio di Stato in adunanza plenaria[127] accumunate dal motivo del ricorso: la contestazione dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte di un'Autorità non competente per il settore in questione (le telecomunicazioni). La questione si impernia, dunque, sull'*actio finium regundorum* tra l'Autorità *antitrust* e l'Autorità delle Comunicazioni, le quali si assumono entrambe legittimate in via esclusiva a conoscere e decidere sulla correttezza della pratica commerciale e sulle eventuali sanzioni da irrogare.

---

[127] Cons. St. a.p. 11 maggio 2012, n. 11-16, in *Giur. it.*, 2013, p. 1247 s. e in *Foro it.*, 2012, III, c. 481 s., con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza* sulla scia di Cons. St., sez. I, n. 3999/2008 e Cons. St., sez. VI, n. 720/2011.

Il Consiglio di Stato coglie l'occasione prospettata con l'impugnazione di una serie di sentenze del Tar Lazio sui provvedimenti sanzionatori dell'*Antitrust* per compiere una più ampia analisi avente ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la sua disciplina di settore delle comunicazioni.

L'analisi non può dunque prescindere dal fatto che la normativa di settore (nello specifico, il Codice delle comunicazioni elettroniche) faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore[128], di talché appare indubitabile che anche tra le competenze dell'Agcom vi debba essere ricompreso anche tale comparto. Del resto, la stessa Agcom interviene con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (per i quali ha un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori"). Tra le finalità dell'Agcom si ravvisa, oltre a quella della tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, anche quella della tutela del consumatore/utente.

L'ordinamento, con l'art. 19, co. 3, cod. cons. (il cui testo vigente ha recepito l'art. 3, co. 4, dir.) disciplina il contrasto tra norme tramite il criterio della specialità: in caso di contrasto, infatti, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

Come già ricordato, è la stessa direttiva, con il *considerando* n. 10 ad adottare il criterio della specialità secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto europeo che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali.

Il Consiglio di Stato, sui presupposti per l'applicabilità della norma di settore, evidenzia che: « [esso] non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline

---

[128] Ad esempio, l'art. 4, co. 3, lett. *f)*, ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; l'art. 13, co. 4, lett. *a)*, ove si dispone che Ministero ed Agcom assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; l'art. 70, che disciplina *ex professo* l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; l'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate. Vi sono poi numerosi rinvii agli artt. 50 s. cod. cons. sui contratti a distanza.

concorrenti». Sono le nome (generale e speciale) ad entrare in conflitto (*rectius*: contrasto) e a sovrapporsi almeno parzialmente. Per le disposizioni che si sovrappongono il principio di specialità impone l'adozione della norma che presenti maggiormente elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta considerando così la disciplina generale quale «livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione».

Se poi la normativa di settore è pienamente esaustiva (come nel caso della disciplina concernente il settore delle comunicazioni elettroniche di cui al "decreto sviluppo 2007"[129]) e si sovrappone completamente a quella generale, per quest'ultima non vi sono residui spazi si applicazione. Le stesse norme affidano all'Agcom, infatti, non solo il compito di vigilare sull'attuazione delle disposizioni di settore, ma anche e soprattutto quelle di sanzionare la violazione delle predette norme.

Al di là dei criteri di ripartizione delle competenze a conoscere e sanzionare comportamenti scorretti, tra le Autorità indipendenti vi deve essere un rapporto ispirato al principio di collaborazione la cui concreta applicazione va ravvisata innanzitutto nella richiesta di pareri, scambio di indagini conoscitive, ecc.

3. *La tutela collettiva*.

A fianco della tutela amministrativa, il legislatore italiano ha disciplinato quella collettiva sulla base dell'art. 140 *bis* cod. cons. e ciò è spiegabile da un lato proprio in considerazione della prospettiva di protezione di interessi collettivi[130], e dall'altro per aggirare un'evidente barriera all'accesso della tutela giurisdizionale per i consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette, ossia il costo da sostenere per

---

[129] V. l'art. 1, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, in materia di ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet, che vieta alcune pratiche ritenute scorrette sancendo la nullità delle clausole – ma non dell'intero contratto – che dovessero recepirle.

[130] ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 924.

intraprendere l'azione giudiziale e l'incidenza, spesso di scarso valore, della singola pratica sul consumatore.

L'interesse ad agire degli enti esponenziali tramite l'azione di classe va considerato sotto due punti di vista. Il primo è dato dalla sommatoria degli interessi individuali mentre il secondo è dato dalla protezione dell'interesse "superindividuale", ossia una sorta di interesse dei consumatori sintetizzato da un unico soggetto, l'associazione dei consumatori, che riequilibra (o tende a riequilibrare) le differenze economiche e strutturali tra il professionista e gli utenti tramite l'esercizio dell'azione congiunto dei soggetti lesi[131]. L'azione di classe ha però ad oggetto «l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni» (art. 140 *bis*, co. 2, cod. cons.) e non può sfociare però in una inibizione (*recte*, azione in cessazione) al prosieguo della pratica che il giudice assume, ai soli fini del proprio giudizio, come scorretta.

L'azione è esperibile, dunque, se la pratica abbia prodotto un danno, ovvero abbia reso inefficace il titolo in base al quale sono state già eseguite le prestazioni. Il problema coinvolge, dunque, la più ampia questione sui rimedi individuali utilizzabili dal consumatore nel caso in cui, influenzato da una pratica commerciale scorretta, abbia stipulato un negozio invalido o comunque abbia subito un danno.

---

[131] C. CONSOLO, *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. "filtro" giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, in *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, a cura di C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, P.A. BUZZELLI, Milano, 2008, p. 165 – come evidenziato da CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 410, in una più ampia riflessione sugli interessi ad agire nell'azione di classe disciplinata dalla norma sulle pratiche commerciali scorrette – fa riferimento alla «collettività di interessi isonomici». Sulla *class action* v., tra i tanti, anche R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, spec. p. XVI sul potere di azione giudiziale proprio non dei singoli, ma della "classe" intesa come soggetto al contempo unitario e plurimo; A. PALMIERI, *La tutela collettiva del consumatore. Profili soggettivi*, Torino, 2011, passim, spec. p. 68 s. e 74 sulle caratteristiche dell'azione e sulla natura individuale della situazione giuridica soggettiva da tutelare; ROS. ALESSI., *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in *Jus civ.*, 2013, p. 46 s.;C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-*bis *e la* class action *consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 s.; P. FIORITO, *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1445 s.; F.R. FANTETTI, *La "nuova" class action*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 997 s.; L. ROSSI CARLEO, *L'azione inibitoria collettiva: dalla norma sulle clausole abusive al nuovo codice del consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 847 s.

Capitolo IV

I RIMEDI CIVILISTICI

SOMMARIO: 1. Il dibattito intorno ai rimedi. – 2. Uno sguardo al panorama europeo dei rimedi alle pratiche commerciali scorrette negli altri paesi europei. 3. La nullità e il recesso. - 4. L'annullabilità. - 5. Segue. I presupposti per l'errore. - 6. Segue. I presupposti della violenza. - 7. Segue. I presupposti del dolo. - 8. Il risarcimento del danno.

1. *Il dibattito intorno ai rimedi.*

Lo scrupolo con cui il legislatore si è dedicato a delineare le singole fattispecie tipiche non si riscontra anche sul versante dei rimedi individuali. Come si è già accennato, infatti, la direttiva – assai singolarmente – non prescrive quali siano le forme di tutela privatistica individuale nel caso in cui un professionista ponga in essere una pratica scorretta, limitandosi ad obbligare i singoli ordinamenti a predisporre degli strumenti idonei ad assicurare che il divieto contenuto nel primo paragrafo dell'art. 5 della direttiva stessa sia rispettato e che tali strumenti debbano essere effettivi, proporzionali e dissuasivi.

La scelta di non indicare un rimedio specifico di carattere privatistico al fine di rendere effettivo e concreto il divieto di pratiche commerciali scorrette appare quanto mai inusuale per il diritto privato europeo, il quale sin dai suoi albori si è contraddistinto per l'abbandono della costruzione della fattispecie a favore della centralità del rimedio. La perplessità riguardo la scelta del legislatore europeo non viene meno anche se si considera che l'attività commerciale che la disciplina delle pratiche scorrette vuole regolare racchiude una sconfinata ed eterogenea casistica che non consentirebbe una generalizzazione sul campo rimediale[132]. La direttiva si propone il raggiungimento di

[132] FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali* cit., passim. GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 777, come già accennato, interpreta il

un'armonizzazione massima della disciplina in esame, ma tale risultato, proprio per la scelta di non indicare un rimedio specifico alla pratica commerciale scorretta, ha prodotto una frammentazione delle singole discipline ben lontana dal dichiarato intento armonizzatore.

Il silenzio legislativo appare abbastanza sorprendente se soltanto si rifletta sulla circostanza che la fase precontrattuale è uno dei terreni d'elezione del rimedio e neppure nella tradizione dei codici è oggetto di una disciplina incentrata sulla tipizzazione dei comportamenti contrasti dall'ordinamento. Conviene allora richiamare, seppur brevemente, la nozione di rimedio e la relativa tassonomia per poi passare all'analisi di come il sistema dei rimedi possa innestarsi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Com'è noto, il rimedio è quello strumento di derivazione anglosassone congegnato per soddisfare un bisogno di tutela connesso alla violazione di un interesse riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, dall'ordinamento giuridico[133]. Il diritto promanato dall'Unione ne ha fatto una nuova chiave di volta dell'ordinamento giuridico non più ordinato sul binomio diritto soggettivo-azione giudiziale, bensì sul mezzo di reazione alla violazione o alla mancata realizzazione di un interesse sociale[134]. Il rimedio ha una funzione squisitamente di tutela di interessi e non può essere confuso né con la norma che attribuisce e disciplina il diritto né con quella che commina una sanzione a carico del trasgressore. Entrambi i dispositivi tecnici assolvono, infatti, a ben altre funzioni: la prima mira a conferire rilevanza giuridica a una posizione consacrandola come "diritto", mentre la seconda attua una punizione. Entrambi, a differenza del rimedio, non sono nella disponibilità del soggetto leso. La tutela del titolare del diritto, pertanto, si sposta dal piano formale e astratto a quello sostanziale e concreto della predisposizione di uno strumento specifico, efficace e tipicamente posto a

---

silenzio legislativo – definito "clamoroso" – come indice del fatto che il legislatore, limitando la tutela all'adozione di strumenti pubblicistici di controllo e sanzioni oltre alla tutela inibitoria, si sia concentrato solo sulla tutela del mercato nella sua interezza, lasciando all'interprete il compito di intersecare il sistema rimediale contrattuale con la *ratio* della novella. La tutela individuale diviene così "incidentale" rispetto alla tutela del mercato globalmente inteso.

[133] S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2008, t. II, p. 739 s.

[134] MAZZAMUTO - PLAIA, *ibidem*.

disposizione del singolo dall'ordinamento o dall'autonomia privata per la protezione della propria posizione giuridica soggettiva[135].

Al centro della nozione e della funzione del rimedio, dunque, vi è l'esigenza di fornire una piena tutela al singolo leso in un suo interesse meritevole di protezione. Alla luce di tali caratteristiche la scelta del legislatore europeo di tacere sul un rimedio a disposizione del consumatore che ha compiuto una scelta economica in conseguenza di una pratica commerciale scorretta appare ancor di più indecifrabile, soprattutto se l'intento è quello di fornire un grado di tutela minima per i consumatori europei.

Il legislatore europeo avrebbe potuto optare per una delle tre forme di tutela: la tutela restitutoria[136], la tutela risarcitoria[137] e la tutela satisfattiva[138]. Per ciò che

---

[135] I rimedi costituiscono, dunque, un "piano mobile" di strumenti deputati funzionalmente alla tutela del singolo che si assume leso nella sua posizione giuridica – diritto o, soprattutto, interesse – v. S. MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, p. 22, e, più in generale, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, p. 11; ID, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 344-345, p. 360 s.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv*., 2004, p. 341 s.; U. MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 107 s.; D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia (Convegno di studi in onore di Angelo Falzea)*, a cura di V. SCALISI, Milano, 2004, p. 209 s., ID, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv*., 2005, p. 605 s. e ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2011, p. 15 s. e anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, p. 103 s.

[136] Ossia quella tramite la quale si ristabilisce lo *status quo ante* del singolo rispetto all'evento lesivo (E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, p. 200 s.; A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv*., 2001, p. 531 s.; ID, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1994, p. 291 s.), restaurando la situazione soggettiva violata o ponendo il titolare quanto meno in una condizione quanto più simile a quella in cui si sarebbe trovato se il suo interesse non fosse stato leso. Il diritto privato europeo presenta una vocazione alla tutela in senso lato specifica e, pertanto, preferisce un rimedio che riporti il soggetto leso alla condizione in cui si trovava prima che il suo interesse fosse leso rispetto al rimedio che compensi economicamente il pregiudizio subito. La tutela restitutoria è propria delle materie dei diritti assoluti (soprattutto reali), dell'indebito anche conseguente alle circostanze invalidanti il contratto, delle garanzie edilizie nella vendita, ecc. (MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi*, cit., p. 766).

[137] La quale ha un carattere sussidiario o quantomeno cumulativo rispetto a quello restitutorio: sussidiario, quando non sia possibile, ovvero risulti troppo gravosa, la reintegrazione in forma specifica; cumulativo quando, affiancandosi alla tutela restitutoria, compensa un eventuale ulteriore danno arrecato dall'ingiusta diminuzione patrimoniale. Il carattere di tale forma di tutela che appare delinearsi sembra quello di un rimedio a carattere residuale, o comunque di chiusura del sistema rimediale. Intorno alla natura "primaria" ovvero "secondaria" del rimedio risarcitorio si è sviluppato un vivace dibattito. Considerare la natura di tale rimedio come primaria implicherebbe la sua attitudine a mezzo di tutela a carattere generale idoneo ad attribuire rilevanza giuridica a interessi meritevoli di tutela senza però che tale meritevolezza sia stata riconosciuta normativamente. Viceversa, considerare la natura di tale rimedio come secondaria implicherebbe la sua attitudine a fornire tutela a situazioni giuridiche la cui meritevolezza è stata già consacrata dall'ordinamento.

concerne specificamente la forma di tutela satisfattiva, essa è già conosciuta dall'ordinamento interno (basti pensare alla tutela in natura del credito che mira a consentire al creditore di soddisfare il suo interesse a fronte dell'inadempimento – totale o parziale - del debitore)[139], ma ha ricevuto nuovo slancio e anche inedite forme grazie al diritto privato europeo, soprattutto in virtù della figura della garanzia in forma specifica nella vendita dei beni di consumo[140].

Il dibattito sui rimedi si è recentemente arricchito con la *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*. Il Capo XI della Proposta è interamente dedicato ai rimedi esperibili dal compratore distinguendo tra quelli propri del consumatore e quelli del compratore professionista[141].

Il quadro che sembra emergere alla luce delle più recenti innovazioni normative proietta la tutela in natura ossia i mezzi di soddisfacimento dell'interesse specifico

---

[138] Rimedi che non hanno la funzione di riparare ad una lesione in forma specifica o per equivalente, ma che mirano a realizzare in natura un interesse rimasto inattuato o non esattamente attuato (cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 279 s.; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 123 s.; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, p. 225 s.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 9 s.; e, sul dibattito intorno all'azione di adempimento, F. PIRAINO *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 33 s.).

[139] PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 15.

[140] Sul vivace dibattito sorto intorno al dilemma se l'obbligo di conformità del bene di consumo venduto ad un consumatore potesse ritenersi un'obbligazione o una garanzia v., tra i tanti, A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv*., 2002, p. 1 s.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 344-345, in part. p. 360 s.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv*., 2003, p. 525 s., in part. p. 532-533 e 548 s.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv*., 2004, p. 1029 s., in part. p. 1107 s., e ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 321 s.; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, p. 965 s.; A. LUMINOSO, *La compravendita*[7], Torino, 2011, p. 348 s.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 895; F. PIRAINO, *La vendita dei beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv*., 2006, p. 543 s. e ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 301 s.

[141] La Proposta di Regolamento europeo ha destato più di una perplessità. Le critiche più decise traggono spunto dal tentativo – non riuscito – di disciplinare integralmente ed organicamente il contratto di compravendita dando vita a una sorta di *law shopping*, ma anche e soprattutto evidenziano la scarsa ambizione del progetto in confronto all'ormai accantonato C*ommon Frame of Reference* (MAZZAMUTO *Il contratto di diritto europeo* cit., p. 275-276). Sulla *Proposal for a Regutation on a Common European Sales Law* v., oltre ai già citati CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relative a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 289 s. e ID., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles*, cit., p. 837 s., anche LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regutation on a Common European Sales Law*, cit., p. 717 s., v. anche il numero speciale di *Contr. impr./Europa*, 2012, *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, in cui la maggior parte dei contributi sono dedicati proprio alla Proposta di Regolamento.

dell'individuo in una posizione di assoluta centralità, inducendo addirittura taluni a discorrere di una priorità rispetto agli altri rimedi, secondo il modello della vendita di beni di consumo[142].

La gamma dei rimedi va infine completata con le forme di tutela inibitoria e invalidatoria, di particolare importanza per le pratiche commerciali scorrette.

Se la tutela restitutoria e quella risarcitoria presiedono, per loro natura, alla rimozione di effetti che si sono oramai stabilizzati, la tutela inibitoria intervene quando l'interesse protetto continua ad essere leso o comunque ad essere minacciato di lesione. Si tratta, dunque, di un rimedio preventivo che si affianca agli altri mezzi di tutela nel caso in cui l'evento lesivo consista in una fattispecie continuata (come, ad esempio, nel caso di una pratica commerciale scorretta). Tale forma di tutela opera tanto nei rapporti contrattuali (come l'inibizione dell'utilizzo di condizioni generali di contratto contenenti clausole abusive, l'inibizione all'impresa committente di porre in essere comportamenti integranti abusi della posizione di dipendenza economica dell'impresa cliente nel rapporto di subfornitura, l'obbligo di rinegoziazione[143]) quanto in quelli non contrattuali (come le azioni a tutela dei diritti della personalità, l'azione negatoria in materia di proprietà e di diritti reali, ecc.).

La tutela invalidatoria si preoccupa di rimuovere con effetto retroattivo un negozio privandolo di qualsiasi efficacia. Al largo utilizzo dell'istituto dell'invalidità da parte dei legislatori nazionali non fa il paio un'analoga familiarità da parte di quello dell'ordinamento europeo. Il diritto europeo ricorre indiscutibilmente, infatti, ai rimedi invalidatori ma, soprattutto a causa dell'episodicità e della disorganicità della

---

[142] Per quanto riguarda la vendita dei beni di consumo, com'è noto l'art. 130, co. 2, cod. cons., dispone che, in caso di difetto di conformità del bene venduto, il consumatore ha diritto alla riparazione o alla sostituzione della *res* (rimedi satisfattori) e, se ciò non fosse possibile od eccessivamente oneroso, alla riduzione del prezzo ovvero alla risoluzione del contratto con il conseguente obbligo restitutorio.

[143] Previsto dall'art. 6:111 dei Pdec, dall'art. 157 del Codice di diritto europeo dei contratti e dall'art. III. – 1:110 del *Draft Common Frame of Reference* (ma in quest'ultimo caso la rinegoziazione ha la funzione di paralizzare la variazione che può essere imposta dal giudice in caso di mutamento di circostanze), tale rimedio ha come finalità quella di poter ridiscutere le clausole di un contratto per riequilibrarne le prestazioni il cui rapporto risulta alterato a seguito di un evento sopravvenuto e non previsto, né prevedibile; nel caso in cui una delle parti si rifiuti di intavolare le trattative il giudice può modificare o sciogliere il contratto. In questo caso, la rinegoziazione del contenuto di un accordo negoziale mira non a ripristinare un assetto di interessi lesi per i quali il titolare possa invocare una tutela risarcitoria o ripristinatoria, bensì tende a far incontrare nuovamente le parti per una nuova trattativa che tenga conto dell'evento che ha alterato l'equilibrio del contratto la cui esecuzione comunque non soddisfarebbe l'interesse di una delle parti.

legislazione dell'Unione, si tratta di interventi settoriali, non di ampio respiro, anche se di notevole rilevanza (ad es. per sancire la nullità delle intese anticoncorrenziali o nei contratti di garanzia finanziaria, o anche la nullità delle clausole abusive)[144] ma soprattutto caratterizzati da un alto tasso di innovatività rimodulando il concetto stesso di invalidità grazie alla trasposizione dal contesto della fattispecie e della soluzione dei suoi problemi a quello della tutela, accentuandone la vocazione più squisitamente rimediale[145] in funzione della protezione degli interessi (concorrenza e tutela del consumatore)[146].

Com'è noto, l'ordinamento italiano, nel disciplinare i contratti del consumatore, dopo iniziali tentennamenti che hanno suggerito una pedissequa riproposizione della formula della direttiva (salvo qualche scostamento), ha inteso l'inefficacia sancita da quest'ultima non già come epifania dei tradizionali strumenti invalidatori quali la nullità *ex* art. 1418 c.c., l'annullabilità o la rescissione, bensì come rappresentazione fattuale di un modello rinnovato di nullità, definita *di protezione*, con degli aspetti del tutto inediti rispetto agli istituti codicistici[147].

Senza alcuna pretesa di completezza – anche perché non sarebbe questa la sede – è sufficiente sottolineare la natura di rimedio della nullità di protezione data dalla circostanza che tale istituto, al contrario della nullità codicistica, è uno strumento che tutela solo una parte – il consumatore – nel cui solo interesse può essere invocata anche

---

[144] V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale dir. priv. eur*., cit., p. 466.

[145] A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, a cura di A. DI MAJO - G.B. FERRI - M. FRANZONI, in *Tratt. Bessone*, t. VII, Torino, 2002, p. 127 s.

[146] S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi del diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 121.

[147] Sulla nullità di protezione la bibliografia è fin troppo nutrita. Basti qui ricordare MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 230 s.; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 356; o, più di recente, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv*., 2011, p. 77 s. (e dello stesso A. v. anche *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, cit., p. 167 s.); A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 301 s.; ID, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2011, p. 87 s.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009, ID, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040 s., ora entrambi raccolti in ID., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, in *Le forme della nullità*, cit.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ*., 2009, p. 1019 s.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv*., 2005, p. 837 s.; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, p. 151 s.

d'ufficio[148]. La nullità di protezione è, dunque, a legittimazione relativa e colpisce solo quelle clausole che, malgrado la buona fede, determinano un *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*[149].

Il divieto di pratiche commerciali scorrette non ha lo scopo di tutelare un equilibrio contrattuale, bensì quello di vietare comportamenti del professionista tali da non consentire ai consumatori scelte commerciali libere e consapevoli. Questa diversità di *ratio* rispetto alla nullità di protezione non può non riverberarsi sul piano delle fattispecie descritte dalle rispettive discipline. I casi previsti dagli articoli 20-26 cod. cons. difficilmente si intersecano con quelli previsti dagli articoli 33-36 cod. cons. Nei primi si fa riferimento a singole clausole contrattuali che rendono le prestazioni contrattuali squilibrate a sfavore del consumatore, mentre nei secondi si descrivono quei comportamenti vietati che influenzano in maniera determinante le scelte commerciali del consumatore medio e, quindi, in un certo senso comportamenti che precedono la predisposizione delle clausole contrattuali o comunque prescindono dal problema del loro contenuto squilibrante.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha evidenziato di recente che «l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13»[150]. Il carattere sleale di una pratica commerciale rappresenta, dunque, solo uno dei vari

---

[148] V. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, cit., p. 151 s. Più specificamente, il bene giuridico protetto non è solo l'interesse del consumatore, ma anche l'interesse di ordine generale del mercato contraddistinto dalla c.d. giustizia delle operazioni si scambio. Sul punto v. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia* cit., 491, o, da ultimo, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo* cit., p. 231-232 specificamente sulla rilevabilità d'ufficio della nullità consumeristica.

[149] La nullità di protezione mira, quindi, a rimuovere quelle clausole in assenza delle quali le prestazioni dedotte nel contratto sono equilibrate tra loro. Non v'è, dunque, un sindacato sull'opportunità dell'affare o sulla congruità del prezzo, ma un intervento censorio relativo a quelle clausole giudicate dal legislatore come fonte di un rilevante squilibrio tra i diritti e gli obblighi del consumatore da valutare tramite il criterio della buona fede oggettiva. Tale interpretazione assume un'importanza primaria per quelle clausole la cui vessatorietà deve essere valutata dal giudice in rapporto al significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ai sensi dell'art. 33, co. 1, cod. cons. L'operazione di vaglio è semplificata, al punto di svolgersi *a contrario*, per quelle clausole che l'art. 32, co. 2, cod. cons. presume *iuris tantum* come abusive (c.d. lista grigia) mentre è frutto di un automatismo legale per quelle clausole in cui il giudizio è stato già compiuto dall'art. 36, co. 2, cod. cons.) e che, dunque, si presumono *iuris et de iure* abusive (c.d. lista nera).

[150] Corte giust. 15 marzo 2012 C-453/10.

elementi su cui il giudice può fondare la valutazione sull'abusività di una clausola, ma tra le due discipline non v'è un rapporto di interdipendenza[151].

Non si vuole certo escludere che le due discipline non possano concorrere nella regolazione di singoli casi, ma quel che va negata è la loro integrazione, specie in chiave dogmatica. Una pratica commerciale scorretta potrebbe anche portare, infatti, alla stipulazione di clausole abusive che il consumatore – o il giudice – potranno espungere dal contratto tramite il ricorso alla nullità di protezione, ma da questo, ancora una volta, non va desunta l'applicazione generalizzata di tale rimedio per i contratti stipulati a seguito di pratiche commerciali scorrette, come mezzo di reazione della pratica in sé[152].

Dalla panoramica sin qui brevemente compiuta emerge la straordinaria varietà dei rimedi e la ricchezza delle varianti della protezione giuridica. Il problema consiste ora nel verificare quali dei rimedi brevemente ricapitolati si attagli alle caratteristiche della disciplina delle pratiche commerciali così da completare il quadro normativo reso incerto dall'incompletezza del testo legislativo. La direttiva sulle pratiche commerciali

---

[151] Sulla valutazione dell'abusività della clausola v. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv*., 1998, p. 5 s.; sul controllo amministrativo v. E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa dir. priv*., 2012, p. 1093 s.

[152] Recentemente si è sviluppato in dottrina un dibattito intorno alla c.d. *nullità di protezione virtuale*, espressione con la quale si designano ipotesi di nullità di protezione di carattere non testuale desunte dalla *ratio* protettiva del consumatore della disposizione imperativa violata. Chi si schiera a favore della configurabilità della c.d. nullità virtuale di protezione (tra i tanti v. F. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 145 s. o G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 173) auspica un'applicazione analogica delle norme sulle c.d. *nullità speciali* (come ricordato da D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit.,p. 739, seppur in senso scettico), ma a costoro si obietta (A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 88 s.) che l'art. 1421 c.c. pone una regola di legittimazione assoluta residuale, ossia che si applica ogni qualvolta non sia disposto altrimenti, e ciò preclude alla configurazione di una lacuna legislativa che giustifichi il ricorso all'analogia. Tutto ciò non osta però alla configurazione della nullità virtuale di protezione, che passa per un'altra via ossia dalla riduzione teleologica della regola di legittimazione disciplinata dall'art. 1421, una volta accertata la natura protettiva del rimedio invalidatorio (ALBANESE, *ibidem*, p. 90). Un'altra dottrina (D'AMICO, *ibidem*, 739-740; PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, cit., 1040 e G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 122) si dimostra scettica non tanto sull'istituto della nullità di protezione virtuale quanto sulla *nullità virtuale di protezione*, la quale consiste in quelle ipotesi in cui la norma sanziona la violazione con la nullità senza specificare di che tipo di nullità si tratti, se quella codicistica o quella per l'appunto di protezione. In quest'ultimo caso il giudice avrebbe l'onere di individuare il rimedio (che sarebbe il più drastico di quelli prospettabili ed enucleati di seguito), «ma anche (della costruzione) della sua disciplina, finendo per riconoscere alla valutazione giudiziale margini di discrezionalità forse eccessivi» (D'AMICO, *ibidem*, p. 740).

sleali e la normativa di recepimento – come si è già avvertito – si sono però limitate a dettare i rimedi amministrativi, su cui conviene, anche qui celermente, soffermarsi.

A fianco del rimedio amministrativo – come più volte si è ribadito – la dir. 05/29 non ha indicato un rimedio civilistico esperibile essendosi limitata ad imporre ai singoli Stati membri la predisposizione di strumenti appropriati ad assicurare effettività al divieto di pratiche commerciali sleali e a comminare adeguate sanzioni (art. 13 dir.). L'art. 3, par. 2, dir. stabilisce, inoltre, che la normativa in esame «non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto» consentendo, quindi, al legislatore nazionale di scegliere se e come far intersecare il sistema rimediale contrattuale con la disciplina delle pratiche commerciali sleali[153]. Il *considerando* n. 9 della direttiva, in realtà, chiarisce che, al di là degli strumenti che il singolo legislatore statale voglia approntare, «la direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti lesi da una pratica commerciale sleale» accentuando, in questo modo, il chiaro obiettivo di lasciare la più ampia discrezionalità agli Stati membri nella scelta dei «ricorsi individuali» esperibili dai consumatori lesi. Tale discrezionalità sembra estendersi, peraltro, anche alla facoltà di scegliere di non accordare necessariamente rimedi specifici diversi o ulteriori rispetto a quelli già previsti nel diritto dei contratti di ciascun paese membro. Un siffatto amplissimo "margine di manovra" nella selezione di rimedi da fornire ai consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali non deve, però, far ritenere possibile affidare alla sola tutela pubblicistica il compito di garantire l'effettività del divieto di pratiche commerciali scorrette poiché i piani sui quali la disciplina in esame si disloca sono almeno due: quello della tutela della concorrenza del mercato e quello della tutela del soggetto più debole, non solo in quanto individuo da proteggere, ma anche in quanto, al contempo, agente regolatore delle dinamiche economiche. La tutela pubblicistica incide, peraltro, soltanto sul primo di tali due piani e, quindi, non può rimanere l'unica forma di tutela anche perché essa non si preoccupa di rimuovere gli effetti già prodotti sui consumatori.

---

[153] V. M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008, p. 268.

È necessario, quindi, predisporre un sistema di protezione che non si preoccupi soltanto delle dinamiche macroeconomiche, ma che si incarichi di rimuovere le conseguenze negative di tipo microeconomico. Ciò può avvenire soltanto con l'affiancamento alla tutela amministrativa quella privatistica individuale[154].

Il legislatore europeo prima e quello nazionale poi in sede di recepimento hanno espressamente sancito il divieto di pratiche commerciali scorrette ai danni dei consumatori e perché tale divieto sia effettivo ed efficace una qualche conseguenza in ordine alla violazione di questo precetto deve pur essere prevista. Nel silenzio della direttiva e della normativa di recepimento, spetta all'operatore del diritto, dunque, indicare lo strumento più adatto a soddisfare l'interesse del consumatore vittima di tali vicende che possono investire ogni aspetto del mercato che si rivolge ad operatori non commerciali[155].

La scelta del mezzo di tutela, ulteriore rispetto a quella di chiusura del risarcimento del danno, oscilla tra i seguenti strumenti: nullità (codicistica o di protezione), annullabilità, obbligo di rinegoziazione, correzione giudiziale, risoluzione, esecuzione del contratto con le modalità falsamente promesse[156] e recesso[157]. Il dibattito si è però acceso soprattutto intorno ai rimedi invalidatori e al risarcimento del danno[158].

---

[154] *Contra* DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 883 – 884, per il quale, dato che gli stati membri non sono obbligati ad introdurre disposizioni volte ad accordare ai singoli consumatori il potere di proporre ricorsi individuali specifici diversi o ulteriori rispetto a quelli che sarebbero esperiti in base alla normativa interna già vigente, deve escludersi che ogni pratica commerciale, per il solo fatto di essere sleale, costituisca sempre e necessariamente un atto illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria che ristori i consumatori/vittime da ogni pregiudizio derivante da tale pratica.

[155] GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette"*, cit., p. 778.

[156] F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi al regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, p. 745 – 746 accoglie l'ipotesi di una conformazione del contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica scorretta alle clausole prospettate e divulgate in luogo di quelle più sfavorevoli, e ciò sulla base di un più generale *principio di vincolatività dell'informazione prenegoziale* già adottato dall'art. 69, all. I, della *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*.

[157] Soluzione esclusa espressamente da DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, cit., p. 1194.

[158] V. la panoramica compiuta da FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., p. 35 s. e p. 44 s.

2. *Uno sguardo al panorama europeo dei rimedi alle pratiche commerciali scorrette negli altri paesi europei.*

Il silenzio del legislatore europeo sul versante dei rimedi privatistici contro le pratiche commerciali scorrette diviene assordante se ci si pone – e lo si è anticipato – nell'ottica dell'armonizzazione dei diritti nazionali. Uno sguardo, seppur fugace, al recepimento della direttiva 05/29 negli altri paesi europei svela la profonda diversità delle soluzioni approntate[159], il che non riduce certo la distanza tra i sistemi fuoriusciti dalle operazioni di recepimento. Il *punctum dolens* sembra doversi ravvisare nel *considerando* numero 9 che non reputa necessario incidere sui sistemi di invalidità contrattuale e di responsabilità vigenti e ha comportato, quindi, quella distanza tra le legislazioni europee sul punto di cui si è appena detto, determinando il sostanziale fallimento del proposito di armonizzare la legislazione vigente in un settore che si è posto sin da subito come asse portante del nuovo modello di mercato di rapporto tra imprenditori e consumatori. Tutto ciò appare per lo meno paradossale se si considera che la direttiva si propone come fonte di armonizzazione massima e non più minima[160].

I paesi membri hanno proceduto, dunque, "in ordine sparso" scegliendo tra il rimedio della nullità del contratto, quello dell'annullabilità, quello risarcitorio, ovvero prevedendo un intervento invasivo del giudice nella modifica delle clausole integranti una pratica commerciale scorretta, una sorta di sistema di conversione del contratto, o, infine, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza la scelta del rimedio più appropriato da applicarsi indistintamente ovvero ai singoli casi di volta in volta sottoposti all'esame dell'interprete. Da ciò si evidenzia il curioso risultato raggiunto dalla direttiva europea che ha, o meglio, avrebbe dovuto avere, la funzione di uniformare le legislazioni dei

---

[159] In proposito v. GIANOLA, *Pratiche negoziali sleali*, cit., p. 8 s., e la completa panoramica compiuta da DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 892 s. a cui si rinvia per una più ampia bibliografia.

[160] Lo evidenzia da ultimo BROGGIATO, *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 77 secondo cui, dunque, ai Paesi membri non sarebbe consentito adottare non solo misure meno incisive, ma neanche quelle più vincolanti o dettagliate previste dalla direttiva. Ciò è stato possibile, giova ricordare, poiché il *considerando* n. 9 della direttiva – più volte richiamato nel testo – stante la sua formulazione al negativo, non impone ai singoli Stati membri di introdurre per i consumatori ulteriori strumenti di tutela rispetto a quelli che il singolo ordinamento già offre (v. da ultimo DE CRISTOFARO, *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, cit., p. 67).

paesi membri, ma che invece ha prodotto una difformità di discipline che forse non ha pari.

Il rimedio della nullità è stato adottato da tre ordinamenti, quello lussemburghese, quello polacco e, con delle precisazioni, quello francese.

Il Lussemburgo ha recepito la direttiva con la legge del 29 aprile 2009 (*Loi relative aux pratiques commerciale déloyales*) di modifica della legge del 20 luglio 2002 (*Loi réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin dy inclure la publicité comparative*) la quale sancisce la nullità di qualsiasi clausola o combinazione di clausole di un contratto concluso tra commerciante e consumatore che violino la legge medesima. Detta nullità può essere fatta valere solo dal professionista (art. 11, co. 2, *Loi* cit., il quale espressamente prevede che dette clausole o combinazioni di esse *est réputée nulle et non écrite*).

Ad una soluzione parzialmente diversa perviene l'ordinamento polacco che, con l'art. 12, co. 1, n. 4 della legge 23 agosto 2007, sancisce una sorta di inefficacia del contratto concluso in violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette. In conseguenza di tale "caducazione" sorge l'obbligo restitutorio delle prestazioni già eseguite oltre al risarcimento delle spese sostenute per la conclusione del contratto.

L'ordinamento francese sancisce, invece, espressamente la nullità dei contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale aggressiva (art. L. 122-15 *cod. consomm.*) di fatto considerando la volontà del consumatore formatasi in conseguenza di dette specifiche pratiche come viziata in radice e quindi inesistente. Per ciò che concerne le pratiche commerciali ingannevoli, oltre al divieto sancito in generale per ogni pratica scorretta, il legislatore francese rimane silente in ordine al rimedio civilistico applicabile[161], prevedendo espressamente delle sanzioni penali (che, per le sole pratiche

[161] Una particolare linea di pensiero non ravvisa ostacoli all'applicazione del rimedio della nullità anche ai contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale ingannevole (ad es. M. CANNARSA, *Protection des consommateurs. La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. Le droit commun à la recontre du droit de la consommation*, in *Jcp/La semaine juridique, Ed. gén.*, 36, 3 sept. 2008, p. 17 s.

ingannevoli e sussistendo particolari elementi, possono essere oggetto di una sorta di transazione con la magistratura[162]), ossia pene detentive, pecuniarie e interdittive l'attività commerciale[163].

Il rimedio dell'annullabilità del contratto concluso sotto l'influenza di una pratica commerciale scorretta è adottato dal legislatore portoghese il quale affianca a questo strumento anche una sorta di *reductio ad aequitatem* dell'equilibrio delle prestazioni. Il legislatore portoghese, però, prevede anche un rimedio meno drastico che consenta di salvare il contratto medesimo, ossia una sorta di nullità parziale limitata alle sole clausole stipulate a seguito della pratica vietata (art. 14, d.l. 26 marzo 2008, n. 57). A questi rimedi si affianca il risarcimento dei danni subiti dal consumatore (art. 15. d.l. 57/08)[164].

Anche l'ordinamento belga adotta una sorta di riconduzione ad equità del contratto in cui lo squilibrio tra le prestazioni sia dovuto ad una pratica commerciale scorretta, ma, a differenza dell'ordinamento portoghese, esso trova la sua fonte nella legge. L'attuale sistema normativo belga (modificato a più riprese dall'entrata in vigore della direttiva[165] e ora delineato dalla *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* del 6 aprile 2010) prevede la conversione del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta da oneroso a gratuito[166].

L'ordinamento danese coniuga, invece, due rimedi: quello inibitorio e quello invalidatorio. La disciplina prevede, infatti, un potere inibitorio da parte del giudice nei

---

[162] Per una critica alla natura transattiva dell'accordo tra i professionisti e la magistratura v. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 156.

[163] Del resto, la stessa terminologia adottata dalla *Loi du* 3 *janvier* 2008 di recepimento della dir. 05/29 (*pratiques deloyales, trompeuses, aggressives*) sembra far riferimento a un carattere illegale più che scorretto della pratica. Sul punto v. D. FENOUILLET, *Le Code de consommation interdit deformai les pratique deloyales, trompeuses ou aggressives*, in *Rev. Contr.*, 2008, p. 346.

[164] GIANOLA, *Pratiche negoziali sleali*, cit., p. 9.

[165] La dir. 29/05 era stata dapprima recepita con l. 5 giugno 2007 di modifica alla l. 14 luglio 1991 sulle pratiche commerciali e sull'informazione e protezione del consumatore.

[166] Il sistema offre una tutela diversificata in base a quale pratica commerciale scorretta abbia influenzato il contratto in esame. L'art. 41, co. 1, *loi* cit., prevede la conversione *ex lege* del contratto oneroso in gratuito nel caso in cui la pratica commerciale scorretta sia riconducibile a tre fattispecie che la direttiva considera in ogni caso ingannevoli (nn. 12, 16 e 17 dell'allegato I alla direttiva), mentre il secondo comma prevede che il giudice (occorre dunque, a differenza dell'ipotesi precedente, un vaglio giudiziario) possa condannare il professionista a restituire al consumatore le somme da questo percepite senza poter esigere la restituzione del prodotto nel caso in cui il contratto sia stato concluso sotto l'effetto di una delle tre fattispecie che la direttiva considera in ogni caso aggressive (nn. 24, 25 e 31 dell'allegato I alla direttiva).

confronti dei professionisti che stiano ponendo in essere una pratica commerciale scorretta e il rimedio dell'invalidità del contratto eventualmente posto in spregio dell'ordine dell'autorità giudiziaria (par. 20, co. 1, *Lov om markedsføring*). Appare palese il carattere dispositivo, ma anche sanzionatorio del rimedio dell'invalidità poiché da un lato si tutela il consumatore, ma dall'altro esso funge da deterrente per chi continua a porre in essere pratiche già accertate come scorrette.

Il rimedio risarcitorio, in alcuni casi affiancato agli strumenti di tutela sopra riportati, viene adottato dall'Irlanda (la cui legislazione prevede che un professionista che danneggi un consumatore tramite un contratto concluso sotto l'influenza di una pratica commerciale scorretta possa subire una condanna al risarcimento di danni in modo esemplare)[167], dalla Grecia, dal Portogallo, dall'Olanda, dalla Polonia, dall'Austria, dalla Spagna, dalla Danimarca, dalla Svezia[168] e dalla Germania.

Per ciò che concerne l'ordinamento tedesco è necessario evidenziare che il diritto al risarcimento dei danni non spetta ai consumatori, bensì ai soli altri operatori concorrenti di chi abbia, con dolo o colpa, posto in essere una *unzulässige geschäftliche Handlung* (par. 9 della *UWG* così come modificata dalla legge del 22 dicembre 2008 di recepimento della dir. 05/29). Se la dottrina tedesca è concorde nel ritenere che la normativa citata non contempli il diritto al risarcimento dei danni per i consumatori[169], si è acceso il dibattito circa la possibilità per gli stessi consumatori di conseguire il medesimo risultato tramite l'applicazione del par. 823, co. 2, *BGB*, ossia la tutela risarcitoria per responsabilità extracontrattuale[170].

---

[167] Sub. 2, Sec. 74, *Consumer Protection Act* il quale si riferisce espressamente a un «right of action for relief by way of damages, including exeplary damages» del consumatore leso da una pratica vietata.

[168] Per ciò che concerne la Danimarca e la Svezia, il diritto al risarcimento dei danni provocati da una pratica commerciale scorretta non è limitato ai soli consumatori, bensì spetta a tutti gli operatori del mercato che abbiano subito un pregiudizio da tali comportamenti vietati. In questi due ordinamenti (il cui settore è regolato dal *Marknadsforningslag* danese del 21 dicembre 2005 – modificato dalla legge del 20 dicembre 2006 di recepimento delle direttive 2005/29 e 2006/114 – e svedese del 1° luglio 2008) si evidenzia con maggiore chiarezza che la *ratio* della disciplina non è solo la tutela del consumatore, ma di tutti coloro che sono influenzati da una pratica commerciale scorretta, ossia anche gli altri operatori commerciali concorrenti o destinatari delle stesse.

[169] M. GOLDMANN, *UWG. Gesetzgegen den unlauteren Wettbewerb*, in *Kommentar*[2], a cura di H. HARTE-BAVENDAMM e F. HENNING-BODEWING, Monaco, 2009, p. 1904, e T. LETTL, *Werrbewrbsrecbt*, Monaco, 2009, p. 427.

[170] R. SACK, *Individualschutz genen unlauteren Wettbewerb*, in *Wettbew. Recht Prax.*, 2009, p. 1333 e V. EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*[8], Monaco, 2009, p. 354.

Il sistema delineato dal legislatore tedesco evidenzia in maniera lampante lo stretto rapporto tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella *antitrust* soprattutto sul versante sanzionatorio. L'ordinamento tedesco ha previsto, infatti, un sistema sanzionatorio complesso costruito su disposizioni proprie della tutela anticoncorrenziale – quali i provvedimenti inibitori e il risarcimento dei danni subiti dagli altri professionisti onesti e lesi dalla pratica scorretta di un altro professionista –, di quella penale – con la previsione di pene detentive – e di quella amministrativa, prevedendo anche sanzioni di carattere pecuniario.

Il sistema britannico (delineato dallo *Statutory Intruments* n. 1277/2008, *the Consumer protection from Unfair Trading Regulations* dell'8 maggio 2008 e completato dalla *Guidance on the U.K. Regulations (may 2008) implementing the Unfair Commercial Practicies Directive*) si impernia, invece, innanzitutto su misure preventive (come consulenze, linee guida, promozione di codici di condotta) e in secondo luogo su sanzioni civili e penali comminate dalle tre Autorità amministrative indipendenti (l'*Office of Fair Trading*, *Department of Enterprise*, il *Trade and Investment in Northern Irland* e le *Local Authorites Trading Services*). Per ciò che concerne i *civil enforcement*, il legislatore britannico non ha innovato la disciplina contrattuale già esistente. Il rimedio civilistico è quello inibitorio comminato dal giudice ordinario su istanza delle Autorità indipendenti (sanzioni che, se violate, comportano l'applicazione di pene detentive o pecuniarie) e quello risarcitorio al quale si ricorre con un'azione collettiva di classe.

3. *La nullità e il recesso.*

La varietà delle soluzioni adottate dagli altri paesi membri non aiuta l'interprete italiano nell'individuazione di un rimedio generale che tuteli il consumatore che singolarmente rimane vittima di una pratica commerciale scorretta. La ricerca si deve spostare, dunque, sui singoli rimedi.

L'analisi del rimedio della nullità[171] investe l'annosa questione dei mezzi di tutela nel caso in cui sia violata una norma imperativa che riguarda il contratto o impone regole di comportamento delle parti contraenti senza predicare testualmente la conseguenza della nullità. È la questione in precedenza etichettata con la formula *nullità virtuale di protezione*. La disposizione di cui al primo comma dell'art. 20 cod. cons. che sancisce il divieto di pratiche commerciali scorrette deve essere considerata come una norma imperativa e, quindi, inderogabile. L'art. 1418, co. 1, c.c. – com'è fin troppo noto – commina la nullità a quei contratti conclusi in violazione di norme imperative, ed è da questa disposizione che si è tratto spunto per la teoria della c.d. nullità virtuale[172]. Le pratiche commerciali scorrette sono, però, dei comportamenti posti in essere da un professionista per indurre un consumatore a compiere una scelta negoziale, ossia – in ultima analisi – a contrarre anche quando non avrebbe voluto stipulare oppure quando avrebbe stipulato a condizioni diverse. Sono, dunque, dei *comportamenti* vietati dall'ordinamento, ma il contratto eventualmente concluso non presenta alcun difetto strutturale tale da poterlo ritenere nullo[173]. In altre parole, e senza la pretesa di voler esaurire la *vexata quaestio* sulla dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, in assenza di una previsione espressa del legislatore, l'illegittimità di una pratica commerciale non può comportare la nullità del contratto eventualmente stipulato[174].

Un diverso ragionamento vale per la c.d. nullità di protezione prevista dall'art. 36 cod. cons. e comminata per quelle clausole ritenute abusive ed inserite in contratti in cui una delle parti è un consumatore. Tale rimedio appare certamente più adeguato rispetto

---

[171] Per una sintesi sul dibattito intorno alla nullità del contratto concluso sotto l'influenza di una pratica commerciale scorretta v. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 926 s.

[172] A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003. Sul poliformismo in chiave moderna della nullità v. il recente A. SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, mentre sulla «nuova frontiera» della categoria della nullità v. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, cit., p. 298 s.

[173] Salvo che la pratica commerciale scorretta non sia tale da rendere il contratto nullo per mancanza di uno dei requisiti essenziali *ex* art. 1418, secondo comma, c.c. come in caso di omissione ingannevole della natura del prodotto, della sua caratteristica principale o del suo prezzo (art. 22, terzo comma, lett. *a)* e *c)*, cod. cons.) tali da rendere indeterminabile l'oggetto del contratto ovvero il suo prezzo (v. Maugeri, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti* cit., 281 e G. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir*., Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 590 s.).

[174] Ma *contra* v. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive* cit., p. 62; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171.

alla nullità codicistica poiché consentirebbe, tramite l'inefficacia delle clausole magari negoziate a seguito di una pratica commerciale scorretta, un riequilibrio del contratto eventualmente concluso e che resterebbe pienamente valido. Nel caso in esame, infatti, ad essere sanzionata non è l'architettura del contratto stipulato in violazione di una norma imperativa (che comporterebbe la nullità assoluta *ex* art. 1418, co. 1, c.c.), bensì una parte del suo contenuto che comporta uno squilibrio del carico delle prestazioni tra il contraente "debole" e quello "forte". All'applicazione di tale disciplina ai contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale scorretta non sembra frapporsi alcun ostacolo[175], e lo si è già precisato; ma il fatto che il contratto concluso tra professionista e consumatore sia stato stipulato sotto l'influsso della pratica non agevola in alcun modo né propizia l'applicazione della disciplina di specie. In altre parole, la nullità di protezione verrà comminata in presenza dei requisiti disciplinati dall'art. 36 cod. cons. sia che il contratto concluso col consumatore costituisca il risultato di una pratica commerciale scorretta, sia che non si ravvisi traccia di una tale condotta da parte del professionista[176].

A questo punto occorre chiedersi se vi sia spazio per la nullità parziale delle clausole contrattuali come effetto di una pratica commerciale scorretta. La questione potrebbe essere formulata così: se la pratica commerciale scorretta e, dunque, vietata si dovesse tradurre in singole clausole contrattuali, queste ultime potrebbero essere dichiarate nulle lasciando pienamente efficace il resto del contratto?

Per rispondere al quesito occorre operare una distinzione tra le pratiche scorrette che condizionano la scelta del consumatore sul contrarre o meno e quelle che invece incidono sulle condizioni del contratto. Solo nell'ultimo caso – ossia se l'inganno o l'aggressività abbiano inciso su specifici aspetti del regolamento contrattuale e siano sostituibili con altre norme dispositive, o delle quali il contratto può fare a meno –

---

[175] Conforta in tale senso D'AMICO, *Formazione del contratto* (Voce), cit., p. 590 il quale ritiene che il sistema dei rimedi civilistici e consumeristici già disciplini strumenti applicabili singolarmente ai contratti conclusi in virtù di pratiche commerciali scorrette.

[176] A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, p. 311 s., evidenzia che la circostanza per la quale esistono già rimedi applicabili ai contratti conclusi tramite pratiche commerciali scorrette consente di affermare che esistono mezzi di tutela propri della fattispecie in esame dato che l'applicazione dei rimedi civilistici e consumeristici citati (e che saranno esaminati nel prosieguo) è del tutto indipendente dall'applicazione degli artt. 18 e s. cod. cons.

potrebbe al limite concepirsi il rimedio della nullità parziale; ma resta la pregiudiziale dell'incongruenza del rimedio della nullità rispetto dall'influenza della pratica sul contenuto del contratto: un'incongruenza cui non si sottrae neppure la nullità parziale.

4. *L'annullabilità.*

Il ricorso al rimedio invalidatorio dell'annullabilità appare una via già più percorribile rispetto a quella della nullità[177]. L'annullabilità – e anche questo è noto – è quella forma di invalidità del contratto con cui l'ordinamento sanziona un negozio formatosi in maniera anomala o perché la scelta di contrarre manifestata da una delle parti risulta viziata al momento della sua stipulazione poiché indotta in errore, estorta con violenza o carpita con dolo, oppure perché uno dei contraenti si rivela legalmente o naturalmente incapace a contrarre (oltre ai casi previsti specificamente dalla legge) o ancora perché il contratto sconta una condizione di conflitto di interessi che ne potrebbe vanificare il suo ruolo regolativo.

Come già evidenziato, le pratiche commerciali vietate sono quelle considerate "scorrette" in quanto contrarie alla diligenza professionale e sono "false", ossia sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio[178]. I due presupposti influiscono, dunque, sul libero convincimento del consumatore contraente poiché il professionista, con un comportamento contrario alla diligenza professionale intesa come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore dell'attività

---

[177] V. 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*, cit., p. 235 s.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «sleali»*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, p. 147 s.; più cauto GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., p. 5.; v., per uno sguardo d'insieme, ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 939 s.

[178] V. RABITTI, *sub art. 20 cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 147.

del professionista» (art. 18, co. 1, lett. *h)*, cod. cons.)[179] alteri «sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 18, co. 1, lett. *e)*, cod. cons.)[180]. Il consumatore non avrebbe preso, dunque, quella decisione commerciale se la sua volontà non fosse stata viziata dalla pratica commerciale scorretta.

Affinché si possa applicare la disciplina dell'annullamento ai contratti conclusi con il consumatore sotto l'influsso non marginale di una pratica commerciale scorretta occorre verificare se sussistono i requisiti indicati per le tre fattispecie di vizio del volere, ossia verificare la presenza di un errore, della violenza morale e del dolo.

5. *Segue. I presupposti per l'errore.*

L'errore consiste nella falsa rappresentazione di una circostanza di fatto (errore di fatto) o di una regola giuridica (errore di diritto) che induce uno dei soggetti a concludere un contratto che in realtà non avrebbe stipulato. Per essere rilevante, l'errore deve presentare due caratteristiche: l'essenzialità e la riconoscibilità. Entrambi i requisiti possono trovare riscontro nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, a causa della loro attitudine a falsare il comportamento del consumatore medio affinché compia scelte commerciali che magari non avrebbe compiuto.

L'art. 21, co. 1, cod. cons. – come si è già accennato – chiarisce, infatti, che una pratica è considerata ingannevole se è *idonea ad indurre in errore il consumatore medio*, soffermandosi poi su sette aspetti del negozio su cui si può concentrare l'errore[181]. Tali elementi, che spaziano dalla natura e caratteristiche principali del

---

[179] Sul commento alla norma v. M. SCALI, *sub art. 18, comma 1, lett. h), cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 76 s.

[180] Sul commento alla norma v. L. ROSSI CARLEO, *sub art. 18, comma 1, lett. e), cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 65 s.

[181] Appare superfluo evidenziare che l'ipotesi in cui la pratica commerciale scorretta abbia indotto il contraente all'acquisto di un prodotto inesistente il contratto deve ritenersi nullo per mancanza dell'oggetto *ex* art. 1418, co. 2, c.c.

prodotto ai diritti del professionista e del consumatore, ricalcano con un buon grado di approssimazione le ipotesi di essenzialità dell'errore *ex* art. 1429 c.c.

L'essenzialità dell'errore nel codice civile è un requisito che si accosta notevolmente alla caratteristica dell'idoneità a falsare il comportamento del consumatore medio per una pratica commerciale scorretta. Ma, al fine di poter verificare se il rimedio dell'annullabilità possa applicarsi alla fattispecie in esame, occorre che sia presente anche l'altro elemento indicato dall'art. 1428 c.c., ossia la riconoscibilità.

L'art. 1431 c.c. individua la riconoscibilità nell'oggettiva e astratta rilevabilità dell'errore da parte di un terzo che, trovandosi nelle medesime circostanze e in relazione al contenuto del contratto, avesse usato l'ordinaria diligenza. È il criterio della c.d. «normale espressività» per cui «le circostanze da cui risulta l'errore assumono l'aspetto di fatti espressivi del significato che l'errante attribuisce al negozio»[182]. La riconoscibilità integra, dunque, un parametro tramite il quale valutare la possibilità del contraente di avvedersi dell'errore e di tenerne conto in sede di negoziazione e stipulazione e tutelare anche il legittimo affidamento dell'altro contraente. È bene ricordare che nel sindacato sulla riconoscibilità dell'errore non rilevano né la colpa del contraente caduto in errore né la conoscenza di controparte della falsa rappresentazione della realtà dell'altro contraente[183]. Quanto al primo profilo, il giudizio sulla riconoscibilità non investe, infatti, l'ignoranza colposa del contraente che chiede l'annullamento: in altre parole, non assume rilievo se il contraente "non poteva non accorgersi" dell'errore poiché l'analisi investe presupposti squisitamente oggettivi. L'interrogativo per l'interprete, perciò, non è se "*quel* contraente, adottando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto accorgersi dell'errore?", bensì se "un *qualunque* contraente, date le medesime circostanze e tenuto conto della natura dell'affare, poteva accorgersi

---

[182] P. BARCELLONA, voce *Errore* (dir. priv.), in *Enc. Dir*., Milano, 1966, p. 276, per cui la riconoscibilità indica il rapporto di adeguata manifestazione che corre tra la realtà contrattuale rappresentatasi al contraente caduto in errore e le circostanze presenti prima e al momento della stipulazione.

[183] Sull'errore comune ad entrambi contraenti v., tra i molti, C.M. BIANCA, *Il contratto*, Diritto Civile, 3, Milano 2000, p. 630 s.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, p. 350; G. CRISCUOLI, *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ*., 1985, p. 609 s. e, più di recente e specificamente sui rimedi esperibili, R. CALANDRINO, *Errore comune su qualità essenziali del bene oggetto di compravendita: interessi sottesi e rimedi esperibili*, in *Corr. merito*, 2010, p. 33 s.

dell'errore?". Il secondo profilo, ossia la conoscenza o la conoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente, riguarda la questione della rilevabilità dell'errore che è cosa ben diversa dalla riconoscibilità: la seconda è infatti uno dei due aspetti dell'errore, una sua qualità oggettivamente e socialmente apprezzabile, mentre la seconda si riallaccia alla conoscenza concreta che controparte abbia o meno dell'errore e quindi tocca il diverso tema della sostanziale buona fede di quest'ultimo, ossia un aspetto che non giova a risolvere il conflitto tra gli interessi delle due parti (quello all'annullamento di un contratto che non avrebbe voluto da parte del contraente errante e quello a mantenere pienamente efficace un negozio stipulato da parte dell'altro contraente).

L'art. 20, co. 2, cod. cons. introduce tra i requisiti delle pratiche commerciali scorrette l'idoneità a falsare il comportamento del *consumatore medio*: tale formula – specifica il *considerando* n. 18 della direttiva – è stata elaborata tenendo conto dell'interpretazione giurisprudenziale sviluppatasi intorno alla nozione di consumatore inteso come un soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»[184] in relazione ai fattori sociali, culturali e linguistici[185].

Il concetto di "consumatore medio" è qui utilizzato come parametro di valutazione della ragionevolezza tramite cui il professionista avrebbe dovuto prevedere l'incidenza del proprio comportamento sulla libera e consapevole scelta del consumatore[186]. In altre parole, la figura del consumatore medio «fornisce il parametro della generalità che

---

[184] V. tra le tante, Corte Giust., 10-11-1982, C-261/81, in *Racc*., 1983, I-3961, Corte giust., 18 maggio 1993, C-126/91, in *Racc*., 1993, I-2361, in *Racc*., 1995, I-1923, Corte giust., 16-7-1998, C-210, in *Racc*., 1998, I-4657.

[185] Per quanto riguarda l'evoluzione giurisprudenziale della nozione di consumatore medio v. A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 141 s.

[186] Sul tema della ragionevolezza v. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1 s.; (spec. p. 12 sulla ragionevolezza come criterio di valutazione); E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 953; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 s.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1117 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *NGCC*, 2010, p. 139 s.; G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, p. 164 s.; S. TROIANO, *"Ragionevolezza" e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 679 s.; A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, *Contr. impr*, 2005, p. 619 s. (spec. p. 635 s.); R. SENIGAGLIA, *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003, p. 279 s.

caratterizza l'apprezzamento della ragionevolezza»[187], la quale, a sua volta, costituisce la lente con la quale valutare il grado di prevedibilità dell'attitudine delle pratiche commerciali scorrette a influenzare in modo distorsivo o meno il comportamento dell'operatore del mercato più debole. Perché concreti una pratica commerciale scorretta, il comportamento del professionista deve superare la soglia di oggettiva influenzabilità del consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto in relazione a quel prodotto o, più in generale, a quel mercato. Per quei settori del mercato in cui il prodotto è commercializzato su vasta scala, il pubblico di consumatori destinatario della pratica commerciale è generico, essendo composto da soggetti per i quali è assai arduo delineare caratteristiche comuni su cui tracciare il parametro del "consumatore medio". In tale contesto, anche se un prodotto è destinato a una classe definita di consumatori, il messaggio pubblicitario, o comunque la pratica commerciale, arriva a una platea di consumatori ampia che comprende anche soggetti che, pur essendo normalmente informati e ragionevolmente attenti ed avveduti, non posseggono quelle conoscenze tecniche che garantiscano una scelta commerciale ponderata.

Al fine di tutelare anche questa categoria di consumatori, in un ottica piuttosto "garantista", la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha specificato che il parametro è il consumatore medio *non specializzato*, ossia un soggetto sì normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, ma che non ha quelle conoscenze tecniche che, tanto più in una commercializzazione diffusa su larga scala, gli consentano di soffermasi ad un'attenta analisi preliminare al compimento della scelta commerciale, anche in considerazione dell'esiguità del prezzo del bene che spesso è di uso quotidiano[188].

Ad ogni modo, tornando alla nozione di consumatore medio, la scelta di un paradigma oggettivo appare la più idonea a preservare il bene giuridico tutelato dalla disciplina in discorso, ossia la libera determinazione del convincimento dei consumatori. Il piano valutativo volutamente resta oggettivo non scendendo nella

---

[187] PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1163 s.

[188] Corte giust. 29 aprile 2004, C-468/01, in *Racc*., 2004, I, 5141.

particolare dialettica contrattuale delle parti. In sostanza, se la disciplina delle pratiche commerciali scorrette mira a delineare un ordine di mercato basato sulla correttezza e sulla buona fede, un modo più efficace di raggiungere tale obbiettivo sembra non esservi che quello, più a monte, di intervenire sulla fase in cui le parti scelgono se entrare in contatto oppure no per poi avviare le trattative. Fase che sì è già contraddistinta dall'obbligo di comportamento secondo buona fede, ma che ha un'importanza inversamente proporzionale al ricorso sempre più attuale e cogente della commercializzazione di massa dove spazi per le trattative sono sempre più angusti.

Il consumatore medio, dunque, in relazione all'affare concluso e all'incidenza della pratica commerciale scorretta sulla sua decisione economica, (usando le categorie concettuali proprie dei vizi del consenso) non avrebbe riconosciuto l'errore nel quale stava cadendo concludendo un contratto che altrimenti non avrebbe concluso o che non avrebbe stipulato a quelle condizioni.

Appare, dunque, evidente la dicotomia tra le due discipline proprio in ordine alla "riconoscibilità" dell'errore. Le pratiche commerciali scorrette incidono sul processo decisionale di un consumatore medio (o su una classe di consumatori) inducendolo a compiere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe compiuto. L'errore codicistico – inteso come vizio del consenso che comporta l'annullabilità di un contratto – è una falsa rappresentazione della realtà che colpisce solo *quel* contraente e che avrebbe indotto a concludere quel negozio un qualsivoglia altro soggetto di ordinaria diligenza che si fosse trovato nelle medesime circostanze.

In altre parole, ad un'applicazione generalizzata della disciplina dell'errore *ex* artt. 1427 e s. alle pratiche commerciali scorrette osta proprio l'aspetto della riconoscibilità dell'errore che appare smentito dalla disciplina stessa delle pratiche commerciali scorrette, le quali invece non presuppongono un giudizio individualizzato, ancorché basato su un parametro oggettivo.

Diverso è l'asse prospettico intorno al quale sono concepite le due fattispecie: da un lato, v'è un *contraente medio* utilizzato come parametro per valutare se l'effettivo contraente avrebbe potuto riconoscere l'errore; mentre, dall'altro lato, v'è un *consumatore medio* utilizzato come parametro per valutare l'oggettiva incidenza della pratica commerciale sulla sua libertà decisionale. In altri termini, nella disciplina

dell'errore si richiede che la falsa rappresentazione abbia una sua oggettività tale da renderla percepibile dall'operatore mediamente accorto ma poi il giudizio è di natura individualizzata; mentre nella disciplina delle pratiche commerciali sembra prevalere la dimensione tipizzante in forza della quale è scorretta la pratica munita di una generale e astratta idoneità a distorcere o comprimere l'esplicazione dell'autonomia di scelta del consumatore.

Al di là delle differenze appena delineate sul versante della riconoscibilità dell'errore, deve anche evidenziarsi che l'errore codicistico rileva dal punto di vista statico, mentre quello determinato da una pratica commerciale scorretta è un errore *indotto* e, dunque, apparentemente riconducibile alla disciplina del dolo[189].

6. *Segue. I presupposti della violenza.*

Esclusa l'applicazione generalizzata della disciplina dell'errore occorre analizzare quella della violenza. La violenza è una costrizione psicologica esercitata attraverso una minaccia tale da ingenerare il timore di esporre il contraente destinatario di tale condotta ad un male ingiusto e notevole[190].

La violenza è rappresentata, dunque, da quella sorta di ricatto morale che induce il contraente a stipulare un negozio che altrimenti non avrebbe concluso.

Una siffatta interpretazione evidenzia l'affinità tra la disciplina della violenza codicistica con quella adottata dal legislatore europeo a proposito delle pratiche commerciali aggressive nell'art. 24 cod. cons.

---

[189] La differenza tra l'errore spontaneo riconoscibile *ex* art. 1431 c.c. e quello provocato da una pratica commerciale scorretta si affianca a un'altra che contraddistingue le due discipline. Essa risiede nel criterio di valutazione della riconoscibilità dell'errore codicistico, ossia la "normale diligenza" tramite la quale un contraente medio si sarebbe accorto della divergenza tra la realtà e la sua raffigurazione, e la "diligenza professionale" intesa quale quel normale grado della specifica attenzione che il consumatore medio ragionevolmente si attende dal professionista in base al principio di buona fede e correttezza. Sul punto v. *infra* § 6.

[190] Sulla violenza morale v., tra i tanti, G. D'AMICO, voce *Violenza* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1993 e L. CORSARO, voce *Violenza* (dir. civ.), in *Enc. Giur.*, Roma, 1990.

L'analisi sull'applicabilità generalizzata della disciplina della violenza quale rimedio contro le pratiche commerciali scorrette è limitata, infatti, alle sole pratiche aggressive poiché le pratiche commerciali ingannevoli postulano, appunto, un inganno, una macchinazione per indurre in errore il contraente senza specificare se vi sia un'attività che integri una minaccia e, anzi, il dettato della legge descrive la pratica in maniera statica (il fatto che l'informazione commerciale sia errata o presentata in maniera capziosa) soffermandosi poi sull'effetto naturale (l'idoneità a ingenerare un errore nel consumatore medio).

Nelle pratiche commerciali aggressive, la disciplina si impernia sul comportamento tenuto dal professionista indicato come molestia o coercizione (compresa la forza fisica). Il dato testuale evidenzia una certa differenza con il comportamento del contraente nel vizio che conduce all'annullabilità, tale da far ritenere assai ardua l'elevazione a rimedio generale di questa fattispecie nella disciplina delle pratiche commerciali aggressive.

La *molestia* nella disciplina sulle pratiche commerciali aggressive, infatti, va intesa come un comportamento che, per le modalità in cui si manifesta, arreca un disturbo o un disagio al consumatore[191] così da spingerlo a contrarre al solo fine di far cessare il comportamento in questione. La *coercizione* deve essere qui intesa come una pressione psicologica (o fisica, ma quest'ultimo caso non rileva nella comparazione con la disciplina codiscistica della violenza come vizio del volere poiché in tale caso la volontà del contraente sarebbe inesistente e, pertanto, il contratto eventualmente stipulato sarebbe nullo[192]) capace di spingere il consumatore a stipulare al fine di evitare conseguenze per se o per altri (come, ad esempio, il paventato pericolo per il professionista di perdere il lavoro se l'altra parte non stipulerà).

---

[191] Per la qualificazione della molestia è utile analizzare le fattispecie esemplificative contenute nell'art. 26 cod. cons. Le lettere *b)* e *c)* del primo comma dell'articolo suddetto (visite insistenti presso la casa del consumatore anche quando quest'ultimo abbia invitato a lasciare la propria residenza e non farvi più ritorno, ovvero ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali come quelle telefoniche purtroppo ben conosciute da chiunque) descrivono, infatti,comportamenti tali da ingenerare la convinzione nel consumatore che l'unico modo per far cessare la "persecuzione" subita sia quello di comprare il prodotto pubblicizzato. Sul punto v. C. SOLINAS, *sub art. 24, primo comma, lett. a) – d), cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 239.

[192] *Contra* BIANCA, *Il contratto* cit., p. 658, per il quale anche la violenza fisica rientra tra i vizi del volere poiché il contraente, per sottrarsi a un male fisico, compie un gesto che altrimenti non avrebbe fatto (salvo il caso in cui un terzo prenda fisicamente la mano del contraente e lo faccia firmare).

Alla luce di quanto assai brevemente esposto, la molestia e la coercizione sono elementi che solo in alcuni casi potrebbero integrare il carattere della violenza codicistica per cui il contrato potrebbe essere annullato. Il codice richiede, infatti, una *minaccia* tale da ingenerare un *timore* del verificarsi di un evento infausto per il contraente o per un altro soggetto. Nelle ipotesi previste – ancorché a titolo esemplificativo – dall'art. 26 cod. cons., non emergono i tratti tipici della minaccia, bensì sembrano integrate ipotesi di inganni, espliciti o meno, o pressioni tesi ad indurre il consumatore in errore. In altre parole, sembra che il comportamento del professionista integri il terzo ed ultimo vizio del volere da analizzare: quello del dolo[193].

7. *Segue. I presupposti del dolo.*

La disciplina sulla violenza quale vizio del consenso (o meglio, quale causa del vizio del consenso) che comporti annullamento del contratto a seguito di una pratica commerciale aggressiva appare di difficile applicazione per le ragioni sopra esposte. L'applicabilità della disciplina del dolo, viceversa, offre diversi spunti di riflessione e appare sin da subito maggiormente affine con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette poiché consente di superare alcuni ostacoli rilevati nell'applicazione della disciplina sull'errore-vizio e sulla violenza morale.

Il dolo-vizio – com'è noto – consiste in qualunque *raggiro o artifizio adoperato per indurre un altro a consentire*[194]. In altre parole, il dolo-vizio è quella particolare causa del vizio del volere teso a determinare nell'altro contraente una falsa rappresentazione della realtà e a farlo cadere in errore.

Il dolo-vizio consta, dunque, di due aspetti, uno oggettivo e l'altro soggettivo: il primo consiste nel raggiro, per dirla con Labeone, in *omnis calliditas, fallacia,*

---

[193] V. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 485.

[194] Definizione di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 169. Sul pensiero di Trabucchi e sulla sua attualità cfr. M. DE POLI, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, in *Riv. dir. civ*., 2011, I, p. 647 s.

machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita[195], mentre il secondo consiste nella mala fede del *deceptor*, nella sua volontà ingannatrice.

La concezione classica del dolo ha interpretato il termine "raggiro" utilizzato dal legislatore nell'art. 1439 c.c. in senso esclusivamente commissivo, escludendo l'omissione[196]. Sulla scorta della dottrina francese[197] e tedesca[198], però, la prospettiva si è via via spostata sulla conseguenza del comportamento del *deceptor*, ossia sull'idoneità o meno ad indurre in errore il *deceptus*[199] consentendo così l'inclusione della condotta omissiva nel novero dei raggiri determinanti il consenso[200]. Il mutamento di prospettiva sul dolo omissivo quale causa di annullamento al pari di quello commissivo non è stato, però, privo di ostacoli e il più importante di essi si annida proprio sull'individuazione dei confini della fattispecie[201] che restano, nonostante le molteplici pronunce giurisprudenziali, non del tutto chiari[202].

---

[195] Dig. IV, 3, L. 1, § 2.

[196] TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 491 s., spec. 498 dove l'A. evidenzia come il *silenzio* può essere qualificato come un illecito (laddove vi è una norma che impone un obbligo a informare) ovvero come un mezzo per conservare l'errore ingenerato nell'altra persona, ma non è qualificabile come un'*attività*. In altre parole, vi sarebbe solo uno dei due requisiti richiesti perché si perfezioni la fattispecie dolosa, e dunque non vi sarebbe dolo-vizio. *Contra* Cass., 31 luglio 1939, n. 3069, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 132 la quale già configurava il dolo nel caso in cui, in taluni casi e data la speciale situazione e la qualità del soggetto, integrare il raggiro idoneo a generare l'inganno.

[197] M. PLANIOL – G. RIPERT – P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, IV, Parigi, 1952, n. 209.

[198] L. ENNECCERUS – H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1959, 1, § 174, p. 438 s., per cui non solo vi sarebbe dolo se vi era uno specifico obbligo a informare sancito da una norma, ma anche quando tale obbligo derivi da quello più generale di comportarsi secondo buona fede.

[199] L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 561-562, sulla scia di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 287 e F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*[3], Milano, 1948, p. 97, definisce il dolo come «ogni illecito comportamento diretto a trarre in inganno un altro soggetto, determinandolo a porre in essere una dichiarazione o manifestazione di volontà, che senza dolo egli non avrebbe compiuta», ricomprendendo così anche la reticenza tra l'attività che, in determinati casi e con particolari circostanze (ossia in ipotesi in cui sia doveroso rendere determinate informazioni come nell'art. 1892 c.c. sul contratto di assicurazione), cagiona l'inganno.

[200] R. SACCO, *Il contratto*[3], in *Tratt. Sacco-De Nova*, Torino, 2004, p. 427 s.

[201] Problema evidenziato da V. ROPPO, *Il contratto*[2], in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 764-765.

[202] Cfr. SACCO, *Il contratto* cit., p. 430 s., spec. 434, per cui «la rilevanza della reticenza dipende dalla esistenza di un obbligo di informare la parte in errore». In realtà l'illustre A. si spinge oltre fino ad affermare l'identità di elementi tra il *dolo cosciente per omissione* e l'*errore riconosciuto*, ma con una rilevante differenza: l'errore riconosciuto comporta l'annullamento solo se ha ad oggetto un elemento essenziale del contratto, mentre l'annullamento del contratto per dolo omissivo potrà essere invocato anche da chi è caduto in errore su un elemento non essenziale. La chiave di volta sembra offerta da G.

Nel dolo-vizio sono rinvenibili, dunque, gli elementi che seguono: *a)* il comportamento intenzionale e antigiuridico del *deceptor*; *b)* la volontà del *deceptus* viziata da errore; *c)* un nesso di causa tra il comportamento doloso e l'errore ingenerato nell'altro contraente[203].

Al fine di analizzare meglio l'incidenza della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in quella del dolo-vizio occorre scomporre anche le prime in un elemento oggettivo, in uno soggettivo e nel nesso di causa.

Le pratiche commerciali scorrette abbracciano tutti quei comportamenti che sono contrari alla diligenza professionale e sono idonei a falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, ovvero di una classe di consumatori. Anche in questo caso si ravvisa un elemento oggettivo dato dal comportamento scorretto del professionista. Il professionista attua, infatti, un comportamento (illecito poiché contrario alla correttezza e alla diligenza professionale) idoneo a determinare una decisione economica al consumatore che altrimenti non avrebbe preso.

Se non vi sono dubbi sulla sussistenza dell'elemento oggettivo, va verificato se non ve ne siano neppure su quello soggettivo.

Sebbene il testo sulle pratiche commerciali scorrette non richieda espressamente in alcun luogo il carattere dell'intenzionalità della condotta del professionista, è difficile negare che i comportamenti enucleati dagli artt. 21 e ss. cod. cons. presentino caratteri di intenzionalità. Appare quantomeno curiosa, infatti, l'idea che un commerciante promuova un prodotto declamandone qualità inesistenti senza avere l'intenzione specifica, ad esempio, di concludere un contratto di compravendita di un determinato bene senza che egli abbia immaginato l'effetto che quel comportamento avrebbe prodotto sulla libertà di scelta della controparte-consumatore. A ciò si aggiunga quel

---

VISISNTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti* (Padova 1972), 91 s., e fatta propria da F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*[4], t. II, 1, Padova, 2004, p. 399, per cui: «Il dolo omissivo dovrà considerarsi causa di annullamento del contratto ogni qualvolta, date le circostanze, si deve ritenere che il contraente avesse l'obbligo di informare l'altra parte». Ma per una critica v. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 423.

[203] C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo* (dir. civ.), in *Enc. Dir*., Milano, 1964, p. 744. Sul primo dei requisiti occorre specificare che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la condotta del *deceptor* deve essere illecita (Cass., 12 giugno 1950, n. 1749).

filone dottrinario che riconsidera l'elemento soggettivo dell'intenzionalità della condotta del *deceptor* in chiave più oggettiva[204] ponendo l'accento su aspetti del comportamento del contraente sintomatici di uno «scarso rispetto della corretta formazione della volontà altrui che non della chiara intenzione di indurre in errore la controparte»[205].

La condotta del *deceptor* e quella del commerciante autore di pratiche commerciali scorrette appaiono, pertanto, assai simili. Le stesso non può dirsi con altrettanta facilità, tuttavia, per il secondo dei requisiti del dolo-vizio, ossia il carattere della volontà viziata del consumatore.

Nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette il comportamento del commerciante non è qualificato come un artifizio o un raggiro, ed anzi, per essere più precisi, non è qualificato in alcun modo. La norma si limita a descrivere la condotta del professionista come un comportamento contrario alla diligenza professionale tale da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di un consumatore medio senza specificare la conseguenza del comportamento sul piano contrattuale. In altre parole, il legislatore europeo (e nazionale) non qualifica il contenuto della formula "decisione di natura commerciale che il consumatore altrimenti non avrebbe preso". Tale rilievo evidenzia tutto il divario che intercorre con la disciplina del dolo-vizio: in quest'ultimo caso, infatti, il legislatore qualifica la conseguenza invalidatoria del comportamento scorretto di un contraente nei confronti dell'altro, ossia sancisce espressamente con il rimedio dell'annullabilità il contratto che il *deceptus* non avrebbe mai concluso se non fosse stato la vittima della frode. La decisione di natura commerciale oggetto del dolo-vizio è, pertanto, il *se* stipulare e nessun'altra. Com'è fin troppo noto, infatti, l'errore determinato dal dolo che però non abbia inficiato la volontà di contrarre ma solo il contenuto del contratto non è un dolo-vizio, bensì un dolo incidente che non comporta l'annullabilità di quest'ultimo, ma il solo risarcimento del danno (art. 1440 c.c.).

---

[204] SACCO, *Il contratto* cit., p. 547 s.

[205] M. LAMICELA, *Dolo e abuso del diritto: il giudice controlla le parti contraenti*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1451.

I comportamenti sanzionati dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette hanno uno spettro assai più ampio di quello posto a fondamento della domanda di annullamento di un contratto *ex* art. 1439 c.c. e ciò nonostante l'evoluzione giurisprudenziale che ha interpretato estensivamente tale norma proprio per farvi ricomprendere contegni che tradizionalmente non giustificavano l'invalidazione del negozio[206].

Un altro ostacolo all'applicazione del rimedio dell'annullamento per dolo di un contratto concluso in base ad una pratica commerciale scorretta è il parametro soggettivo a cui fa riferimento la condotta dell'agente commerciale. Nel dolo-vizio, infatti, il raggiro del *deceptor* deve essere valutato «in relazione alle particolari circostanze di fatto *e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte*, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza»[207]. Il parametro soggettivo del dolo comporta un sindacato incentrato sull'altro contraente alla stregua del criterio della persona di normale diligenza; mentre, nelle pratiche commerciali scorrette, il parametro è solo oggettivo e si riferisce al comportamento economico che avrebbe tenuto un consumatore medio.

Il parametro appena delineato funge anche da criterio di valutazione di tutti quei comportamenti che non rilevano per le discipline in esame, ossia quegli atteggiamenti propri del mondo degli affari che rendono il mercato un luogo economico strutturalmente non limpido percorso da false informazioni sui prodotti e servizi offerti. Del resto *in pretio emptionis et venditiois naturaliter licet contrahentibus se circumvenire*: è il c.d. *dolus bonus*[208]. Per *dolus bonus* la dottrina tradizionale identifica quel comportamento tenuto dai professionisti del commercio che consistente in quei

---

[206] Basti pensare al mendacio e alla reticenza che, tradizionalmente, non rilevavano da soli ai fini della valutazione sull'annullabilità del negozio dovendosi inserire in un contesto malizioso idoneo a realizzare il fine perseguitato (v., tra le altre, Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in *Contratti*, 2007, 1, p. 19 s. e Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. giust. civ*., 2007) che non sempre è ravvisabile negli artt. 20 e s. cod. cons., ovvero a seguito del progressivo restringimento della nozione di *dolus bonus*. Il più ampio spettro della disciplina delle pratiche scorrette ricomprende così anche comportamenti destinati ad intercorrere con altri soggetti commerciali estranei al rapporto consumatore-professionista. Ad es., una pratica potrebbe influenzare un consumatore a tal punto da indurlo a non scegliere prodotti o servizi forniti da altri operatori concorrenti del professionista che pone in essere la pratica scorretta.

[207] Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Contratti*, 2005, p. 566.

[208] D.4.3.1.3.

piccoli inganni, quegli accorgimenti ed esaltazioni dei propri prodotti che sono da sempre presenti nella prassi commerciale[209]. Questi tipi di sotterfugi, piccole bugie o mezze verità – di per loro con scarsa potenzialità dannosa – sono storicamente le caratteristiche delle transazioni commerciali e sono da sempre tollerate. Quando queste pratiche diventano determinanti, e quindi realmente dannose poiché inducono con l'inganno una parte a contrarre, allora questo tipo di *dolus* diviene *malus* e, perciò, è sanzionato[210]. Il problema resta quello di determinare i criteri di demarcazione del confine tra i due tipi di dolo. Il parametro-base sembra essere quello dell'incisività della pratica del professionista: qualora esso integri solo una vanteria o un blando accorgimento commerciale tale da essere scopribile da un qualsiasi contraente di media avvedutezza e media diligenza, l'intenzionalità del soggetto non sarebbe tanto quella di far cadere in errore bensì solo quella di convincerlo (per usare concetti della tradizione latina, più che di *machinatio* si deve parlare di *sollertia*). In altre parole, il *dolus bonus* è un limite al concetto di dolo nel diritto dei contratti che consente di evitare un ingessamento delle trattative commerciali[211].

Questa presunta esigenza di tutela del commerciante che per vendere i propri prodotti e i propri servizi fa ricorso a queste blande vanterie tollerate dall'ordinamento ha, però, ben presto iniziato a cedere il passo di fronte alla tutela del commercio e della regolazione del mercato sempre più tesa ai criteri di buona fede e di correttezza[212]. Lo standard regolativo sembra essersi spostato, dunque, su criteri più spiccatamente oggettivi come la buona fede e la correttezza, anche quando risulti comprovato l'approfittamento delle condizioni personali del *deceptus*[213] e sul campo della valutazione della condotta sul piano della fase precontrattuale. Nelle pratiche

---

[209] GENTILI, *Dolo*, cit., p. 4-5.

[210] G. CRISCUOLI, *La réclame «non obiettiva» come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, p. 22 s.

[211] Per usare le parole di TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere* cit., p. 172-173, «se non si dovesse porre un limite all'annullamento per dolo, se gli accorgimenti del commercio, il mendacio e simili dovessero essere sempre causa di annullabilità, si ostacolerebbe lo svolgimento delle speculazioni commerciali e in più ne deriverebbe un danno troppo grave alla sicurezza del traffico. […] se è vero che il venditore cerca in diverse maniere di attirare i compratori, è anche vero che molti compratori non credono di aver comprato bene se non pensano in qualche modo di aver imbrogliato il mercante».

[212] Uno dei più fermi critici della tradizionale impostazione sul *dolus bonus* è SACCO, *Il Contratto*, cit., p. 441.

[213] G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 102 s.

commerciali scorrette le condizioni personali dell'ingannato, invece, lasciano il campo alla comparazione con il comportamento proprio del consumatore medio. Anche in questo caso, dunque, una pratica integrante la fattispecie del *dolus bonus* non avrebbe rilievo come per il diritto contrattuale codicistico, ma il parametro è diverso e si basa non su un giudizio di tollerabilità della pratica, bensì su quello della correttezza e diligenza professionale[214].

Nessuno dei tradizionali vizi del consenso appare, dunque, completo e suscettibile di un'applicazione generalizzata delle pratiche commerciali scorrette e così, dal punto di vista sistematico, un richiamo legislativo a una delle discipline non sarebbe stato, pertanto, corretto. Una scelta di tal guisa non è, infatti, sconosciuta al legislatore e ciò è ravvisabile nell'art. 8, l. 6 maggio 2004, n. 129 sul contratto di *franchising*, laddove – dopo aver obbligato il *franchisor* e il *franchisee* alla reciproca lealtà, correttezza e buona fede (art. 6) – espressamente affida al contraente che ha stipulato il negozio sulla base di informazioni false fornite dall'altra parte la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto *ex* art. 1439 c.c. e il risarcimento del danno, se dovuto.

La disposizione appena enucleata ha acceso un interessante dibattito sul se il contratto di *franchising* sia annullabile per il sol fatto che siano fornite false informazioni, ovvero se sia necessario valutare comunque la presenza dei requisiti del dolo per l'applicazione della relativa disciplina[215]. Tale dibattito ha il pregio di

---

[214] La violazione delle regole di correttezza è al centro della recente analisi sul dolo incidente condotta da I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, in cui, sulla scia della già prospettata evoluzione in chiave oggettiva della condotta del *deceptus*, il dolo incidente è valutato non come il rimedio a una condotta ingannatoria meno intensa di quella che mira alla conclusione di un contratto, ma come uno strumento di perequazione della divergenza tra le condizioni contrattuali stipulate e quelle che sarebbero state pattuite se l'altro contraente non avesse tratto in inganno il *deceptus*. Il dolo incidente viene così visto come uno strumento utile a superare la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di correttezza proprio perché nell'azione da dolo incidente (come segnala C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 35) vi è una responsabilità senza invalidità, ossia una responsabilità che prescinde dall'invalidità e che si fonda sulla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ma sul punto si tornerà *infra* § 6.

[215] Per l'applicazione dell'art. 1439 c.c. solo se ne ricorrano i presupposti richiesti da tutta la disciplina del dolo v. A. FICI, *Il contratto di* franchising, Napoli, 2012, p. 102; O. CAGNASSO – G. COTTINO, *Contratti commerciali*[2], in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, IX, Padova, 2009, p. 253; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, p. 1179 e A. FRIGNANI, *Franchising, la nuova legge*, Torino, 2004, p. 122; *contra* C. LEO, *Annullamento del contratto*, in *Il* franchising, a cura di G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, Milano, 2004, p. 96 s.; L. DELLI PRISCOLI, Franchising, *contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 1177; A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di* disclosure *nel contratto di*

evidenziare come non sarebbe stata scevra di critiche l'eventuale scelta del legislatore di indicare uno specifico rimedio invalidatorio al contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica commerciale scorretta, atteso che la prospettiva sarebbe tornata sull'atto negoziale quando, occorre ribadire, questa debba rimanere sull'attività commerciale.

8. *Il risarcimento del danno.*

La via della generalizzata applicazione della disciplina dell'annullamento ai contratti conclusi a causa di una pratica commerciale scorretta appare preclusa poiché, per le diverse ragioni sopra esposte, nei caratteri della pratiche non si rintracciano tutti gli elementi costitutivi dei vizi del consenso: si ripropone il tema controverso del vizio incompleto. La dottrina si è interrogata sulla sorte del contratto in presenza di vizi incompleti del consenso giungendo a soluzioni profondamente diverse. Si oscilla, infatti, tra il rimedio invalidatorio[216], quello risarcitorio[217], la correzione del contratto da parte del giudice tramite l'interpretazione secondo buona fede[218], fino a giungere alla negazione di qualsivoglia rimedio sulla scorta del rifiuto della figura in sé dei "vizi incompleti" in virtù della concezione dei vizi del consenso come un *numerus clausus*, ma anche e soprattutto sull'assenza di un generale principio di adeguatezza degli scambi[219].

---

franchising *e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 815 s., ma con la precisazione forse un po' ardita che «ai fini dell'esperibilità dell'azione di annullamento è necessario pur sempre che le informazioni abbiano influito, in qualche modo, anche se non determinante, sulla formazione del consenso» (p. 818) applicando i requisiti del tradizionale dolo incidente alla fattispecie delineata dall'art. 8, l. 129/04 i quali concorrerebbero all'annullamento del contratto di *franchising* pur non sussistendone i presupposti codicistici. C. VACCÀ, Franchising*: un contratto in cerca di identità*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 920, pone l'accento, invece, sul pericolo che l'art. 8 l. 129/2004 voglia quasi circoscrivere l'annullabilità del contratto ai soli casi di dolo, più difficili da provare rispetto ai casi di vizi del volere conseguenti al solo errore.

[216] G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 157 s.

[217] M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, passim.

[218] M. COSTANZA, *Profili di interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 69 s..

[219] G. D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza nella conclusione del contratto*, Napoli, 1996, p. 99 s.

La tesi più accreditata è quella che affida allo strumento del risarcimento del danno la tutela del contraente la cui volontà di stipulare sia viziata ancorché non in misura determinate e ciò sulla scia di un'interpretazione sistematico-estensiva dell'unico vizio incompleto del volere, ossia il dolo incidente, espressamente previsto dall'ordinamento. Non resta, dunque, che esaminare il rimedio del risarcimento del danno.

Come si è anticipato, la tutela risarcitoria ha spesso carattere di chiusura o di complemento rispetto alle altre forme di tutela e affianca i rimedi invalidatori qualora a seguito di questi si sia verificata una lesione dell'interesse di controparte. Il punto di partenza nella disamina di questo mezzo di tutela appare concretarsi nel dovere del professionista di comportarsi secondo la diligenza professionale, dal quale discende il precetto di non far ricorso a pratiche commerciali tali da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico degli agenti del mercato con cui entra in contatto, specialmente se tali soggetti sono "deboli" come sono, per definizione, i consumatori.

La prima domanda cui rispondere investe la natura della responsabilità del professionista che pone in essere una pratica commerciale scorretta.

Si è già accennato alla teoria secondo cui la pratica commerciale scorretta cagiona un danno ingiusto al consumatore così influenzato nel compiere le proprie scelte commerciali. Il danno ingiusto, secondo la giurisprudenza di legittimità, risiederebbe nel «diritto all'esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà»[220]. La collocazione della responsabilità del professionista nell'alveo di quella extracontrattuale desta però più di una perplessità atteso – come si vedrà a breve – che il teatro delle pratiche commerciali scorrette è per lo più la fase precedente e comunque contingente al compimento della determinazione negoziale.

La questione della natura della responsabilità precontrattuale investe questioni ben più ampie, che coinvolgono infatti inevitabilmente temi quali il fondamento della

---

[220] Cass., s.u. 15 gennaio 2009, n. 794, in *Giur. it.*, 2009, p. 2641 s., con nota di M. BONA, *Sezioni unite* versus *Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali c.d. "bagatellari"* sulle domande di risarcimento del danno prodotto dalla diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità del professionista sembrano tendere DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette* cit., p. 1112-1113 e TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore* cit., p. 781 s.

responsabilità contrattuale e la sua diversa fonte rispetto a quella extracontrattuale[221]. Sul punto si è ampiamente dibattuto e si dibatte ancora oggi e questa non è certo la sede per un analitico approfondimento. Con un buon grado di approssimazione si può comunque affermare che gli elementi di differenziazione tra i due tipi di responsabilità sono un vincolo obbligatorio preesistente all'insorgere dell'obbligazione risarcitoria, la natura meramente patrimoniale del danno da inadempimento e la diversa fisionomia dell'interesse tutelato, vale a dire quello positivo nella responsabilità contrattuale e quello negativo in quella extracontrattuale[222].

In questi termini, considerando che il professionista è legato al consumatore da un *vinculum iuris* che prende corpo in obblighi di comportamento tanto nella fase di pubblicizzazione del prodotto o del servizio offerto indistintamente quanto in quello delle trattative con il consumatore che, attirato dal messaggio o dalle modalità di *reclame*, entra in contatto diretto con il professionista, il vero nodo consiste nell'identificazione dei casi in cui sorga la responsabilità da inadempimento di un contratto già concluso e in quali quella precontrattuale.

È stato già anticipato che la chiave di lettura del comportamento del professionista è la diligenza cui egli deve improntare la propria attività d'impresa e che pressoché tutti i contegni inclusi nel ventaglio di fattispecie enucleato dalla legislazione consumeristica si collocano prima della formazione del contratto. In altre parole, il "comportamento" falsato del consumatore medio, in ultima istanza, è quello preordinato alla stipulazione di contratti che altrimenti non avrebbe concluso e la ragione è di ordine concorrenziale poiché la pratica scorretta mira ad accaparrarsi clienti in danno degli altri professionisti. Più precisamente, la "decisione di natura commerciale" del consumatore sviato dalla pratica si concreta, dunque, nell'aver concluso un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato, ovvero avrebbe stipulato a condizioni meno favorevoli o ancora nell'aver adottato un comportamento commerciale che altrimenti non avrebbe posto in essere.

---

[221] V. su tutti L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 s., e ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 267 s., da cui le successive citazioni.

[222] V. su tutti C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 83 s. e, per uno sguardo d'insieme, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 645.

La fase di "sviamento" dalle decisioni economiche che il consumatore medio avrebbe preso è necessariamente quella antecedente alla scelta. La fase è, dunque, quella precontrattuale che non conduce – giova ricordarlo – necessariamente alla formazione di un negozio invalido, ma ad una decisione economica che il consumatore non avrebbe altrimenti preso, ossia quella di non concludere un contratto, concluderlo ma a condizioni diverse, o stipulare un contratto diverso. Se si determina una situazione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato il consumatore se la sua volontà non fosse stata influenzata dalla pratica commerciale scorretta, la decisione condizionata produce un danno che consiste proprio dalla diversità, in senso peggiorativo, tra le due situazioni. Tale lesione è, pertanto, meritevole di ristoro e lo strumento va individuato nella *culpa in contrahendo*, teorizzata da Rudolf von Jhering[223] e poi sviluppatasi lungo un itinerario che non è qui possibile ricostruire ma che, tra le altre acquisizioni, ha fatto segnare lo sganciamento della responsabilità precontrattuale dall'invalidità e l'ancoraggio all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza[224].

L'art. 1337 c.c. – com'è fin troppo noto – impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante la fase delle trattative e nella formazione del contratto e la concretizzazione di questo precetto mette capo a diversi modelli di condotta. Basti pensare al divieto di interrompere trattative ingiustificatamente e di coinvolgere un soggetto in trattative che si è premeditato di non far giungere alla positiva conclusione, all'obbligo di informare l'altra parte di cause di invalidità del contratto in via di conclusione (art. 1338 c.c. che reca espressamente anche l'obbligo di risarcire il danno) e, soprattutto, al divieto di coartare l'altrui determinazione in merito al *se* contrarre e alle condizioni alle quali farlo. Si può agevolmente notare che le assonanze con il dolo siano notevoli, ma sussiste una sostanziale differenza. L'art. 1337 c.c. allarga, infatti, le fattispecie tutelate dall'ordinamento qualificando come fonte di responsabilità anche quelle che si pongono fuori dai rigidi confini del dolo dando rilevanza, ad esempio, al semplice mendacio e al dolo negativo, con la conseguente riduzione dello spazio del

---

[223] R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nicht zur Perfektion gelante Vertragën*, in *Jahrb f.d. Dogmatik d. heut. Röm. U. deut. Privatr.*, 1861.

[224] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 273 s.

dolus bonus ossia il margine di tolleranza di quei comportamenti enfatici e non sempre commendevoli ma non per questo contrari a buona fede e correttezza[225].

La responsabilità precontrattuale ha, dunque, travalicato i confini originari della *culpa in contrahendo*, radicandosi negli obblighi che i soggetti devono rispettare quando entrano in contatto al fine di stipulare un contratto. Una posizione privilegiata in questo sistema è ricoperta dai doveri di informazione[226] e del resto, fino all'intervento di recepimento della dir. 05/29, gli articoli del codice del consumo che oggi recano la disciplina delle pratiche commerciali scorrette vertevano proprio sui doveri di informazione del professionista.

Secondo il ragionamento sin qui delineato non si ravvisano ostacoli evidenti all'applicazione dell'art. 1337 c.c.[227] e alla conseguente ammissibilità del risarcimento del danno in via contrattuale[228]. I contraenti sono obbligati a comportarsi secondo buona fede e correttezza nella fase antecedente alla conclusione del negozio. Secondo il codice del consumo, un professionista che pone in essere un comportamento contrario alla diligenza professionale tale da influenzare in maniera determinante il consumatore medio pone in essere una pratica commerciale scorretta e, dunque, vietata; se tale comportamento vietato arreca un pregiudizio al consumatore (a questo punto, allo *specifico* consumatore con cui il professionista è entrato in contatto) è tenuto a risarcirlo.

Occorre però compiere alcune precisazioni perché, a ben vedere, il sistema si presenta più complesso. Innanzitutto i concetti sopra enunciati di buona fede (che in senso oggettivo va identificato con quello di correttezza) di stampo codicistico e di diligenza di stampo consumeristico sono diversi, e poi perché l'art. 18, co. 1, lett. *h)*,

---

[225] F. BENATTI, *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1963, p. 67, richiamato in una più ampia prospettazione sulla responsabilità precontrattuale e sulla non limitatezza alle ipotesi di invalidità da CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, cit., p. 40.

[226] Per tutti v. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit. e ID., *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2005. V. anche i recenti ORLANDO, *Le informazioni*, cit., e F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.

[227] Concorda TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 77, che ha anche il pregio di evidenziare con chiarezza le «potenzialità rimaste inespresse» dell'art. 1337 c.c. (TOMMASI, *ibidem*, p. 91-93).

[228] Cfr. C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale* (nota a Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648), in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1233 s. e M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque,… "contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 283 s.

cod. cons. definisce la diligenza tramite i parametri di buona fede, correttezza e di ragionevolezza. La buona fede, dunque, essendo un criterio connotativo della diligenza, non può essere considerata sinonimo di quest'ultima, anche perché non è l'unico criterio da prendere in considerazione, vista la presenza di quello di ragionevolezza.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette offre un inedito accostamento tra la buona fede oggettiva e la diligenza professionale che la dottrina tradizionale vuole siano ben distinte.

Il connubio tra i due concetti non sembra, però, il frutto di un'approssimazione linguistica del legislatore europeo e di prono recepimento del legislatore nazionale, bensì di una scelta di politica del diritto precisa[229] che vuole rafforzare il concetto di diligenza professionale al fine di rendere più incisiva la responsabilità del professionista nei confronti del consumatore[230].

Appare evidente, dunque, che la diligenza è un concetto più preciso e circoscritto della buona fede e correttezza. Ma se già di per sé la violazione dell'obbligo di buona fede è considerata fonte della responsabilità contrattuale, è utile interrogarsi sulla possibilità che al medesimo risultato (risarcimento del danno) si possa giungere in caso di violazione di un canone "aggravato" qual è quello della diligenza?

La risposta affermativa potrebbe essere fornita dalla circostanza che la pratica commerciale scorretta si concreta in un comportamento tenuto *prima* dell'inizio di una trattativa tradizionalmente intesa e, dunque, fuori dai confini delineati dall'art. 1337 c.c. Tuttavia, a ben vedere, una trattativa non è altro che uno scambio reciproco di informazioni, di impulsi e infine di proposte e di controproposte che si succedono sino alla loro piena coincidenza. In un mercato sempre più caratterizzato dalla distribuzione di massa e dalla contrattazione diffusa, tuttavia, la trattativa si risolve in una proposta (in senso ampio) che il commerciante fa al pubblico al quale non è lasciato lo spazio per una controproposta. Proprio in questo scenario si sono, infatti, sviluppate le condizioni che hanno dato origine al diritto dei consumatori con il suo obiettivo di tutelare i c.d. contraenti deboli.

---

[229] MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo* cit., p. 227 s.

[230] Il sistema delineato appare caratterizzato da un fascio di obblighi orientato alla protezione del consumatore la cui violazione da luogo a quella che PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 1161 - 1162, definisce una vera e propria «responsabilità da *status*».

La trattativa si risolve, dunque, in una proposta cui il consumatore può scegliere se aderire o meno[231]. Proprio questo momento decisionale – minimale, ma anche fondamentale, forma di autonomia privata del consumatore[232] – deve essere tutelato dall'ordinamento. Il consumatore medio viene sollecitato all'acquisto di un dato bene, o al non consumo di un altro, tramite una pratica commerciale, ossia messaggi pubblicitari, comportamenti omissivi, o ancora mediante un contegno aggressivo. Per evitare questa distorsione delle decisioni del consumatore medio, che si riflettono in una vera e propria distorsione del mercato, l'ordinamento impone al professionista un obbligo, quello di comportarsi secondo una diligenza professionale, che è qualcosa in più della semplice buona fede e che si inserisce in un momento che è qualcosa in meno di una trattativa in senso classico. Il *quid pluris* rispetto alla buona fede sembra essere dato proprio dal requisito della ragionevolezza e del legittimo affidamento che il consumatore nutre nei confronti di un professionista. La diligenza professionale è definita, infatti, dall'art. 18, co. 1, lett. *h)*, cod. cons. come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che *ragionevolmente* i consumatori *attendono* da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista». In altre parole, il consumatore medio accostandosi a un professionista si affida alla sua competenza in quel settore e alla sua correttezza professionale. L'accostamento che il legislatore opera tra i concetti di ragionevolezza, correttezza e buona fede appare poco corretta, quantomeno dal punto di vista sistematico poiché tenta di coniugare elementi tra loro profondamente diversi[233]. Va segnalato, tuttavia, che proprio attorno a questi tre elementi ruota la valutazione sulla scorrettezza di una pratica commerciale. Innanzitutto la pratica va analizzata sotto il profilo oggettivo della sua correttezza (elemento dei tre che appare avere una posizione preminente giacché proprio la correttezza/scorrettezza qualifica la pratica commerciale), che qui ha un significato più preciso rispetto a quello tradizionale. Nel caso in esame per correttezza si deve intendere quell'insieme di regole ulteriori rispetto

---

[231] Cfr. il dibattito tra N. IRTI (*Scambi senza accordi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 s.; ID., *«È vero, ma…» (Replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 s.) e G. OPPO (*Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 s.). Sulla tema v. anche l'intervento di G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 137 s.

[232] Così OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, cit., p. 528 s.

[233] Lo segnala PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 445.

a quelle legali e convenzionali in cui si rinvengono quelle norme offerte dalla prassi commerciale del settore e dai codici di deontologia[234]. Per il sol fatto di essere un professionista e di svolgere un'attività imprenditoriale in quel campo, il commerciante è soggetto a questo primo obbligo che deve rispettare ancor da prima che il consumatore entri in contatto con lui.

A ciò si aggiunga che il concetto di ragionevolezza come parametro di valutazione della diligenza professionale sembra evidenziare la linea di demarcazione tra *dolus bonus* e *dolus malus* e la sua rilevanza per l'applicabilità del rimedio invalidatorio dell'annullabilità (ricorrendone tutti gli altri presupposti già enucleati). Il consumatore fa affidamento su ciò che ragionevolmente può aspettarsi con riguardo al grado di specifica competenza e di attenzione ricavabile dal paradigma della buona fede e correttezza. In altre parole, da un professionista del commercio ci si aspetta un particolare grado di perizia e di attenzione tali da consentirgli di far compiere una scelta economica avveduta e piena da parte del consumatore, pur adottando tutti quei particolari comportamenti che rientrano nella prassi commerciale e che sono consentiti per pubblicizzare i propri prodotti o servizi e spingere al loro acquisto.

Se il professionista viola tale obbligo è tenuto a risarcire il danno eventualmente cagionato che ben potrebbe concretarsi, ad esempio, nella differenza di prezzo tra il prodotto che è stato indotto a comprare e quello che avrebbe soddisfatto più adeguatamente le sue esigenze e che avrebbe scelto se non fosse stato influenzato dalla pratica scorretta.

L'obbligo di comportarsi secondo i canoni della diligenza professionale deve essere tanto più sentito quanto più il contesto commerciale in cui il professionista opera, tanto per caratteristiche del mercato, quanto per diffusione del prodotto, quanto ancora per il tasso di sostituzione con uno simile, ecc., si presenti anche potenzialmente idoneo ad influenzare su una pluralità di decisioni economiche del medesimo individuo. In altre parole, il parametro di valutazione della diligenza professionale deve essere più rigido in settori in cui è più facile distorcere il processo decisionale del consumatore medio perché questi è particolarmente vulnerabile ovvero in quei settori in cui una decisione

---

[234] RABITTI, sub. *Art. 20* cit., p. 149 e SCALI, sub *art. 18, comma 1, lettera* h), cit., p. 79.

commerciale presa sotto l'influenza di una pratica vietata è destinata a ripercuotersi anche su ulteriori decisioni alla prima collegate e in cui i danni potrebbero rivelarsi plurimi e, dunque, non del tutto prevedibili. Occorre porre attenzione, infatti, sulla circostanza che il codice del consumo sanziona una pratica tesa ad influenzare le decisioni economiche del *consumatore medio* e non del singolo contraente. Proprio per la portata generalizzata della pratica giustifica i rimedi pubblicistici, ma il rimedio civilistico è proprio del singolo danneggiato e non della massa.

Se si vuole attribuire uno strumento di tutela di stampo civilistico, si deve dare rilevanza alla conseguenza della pratica commerciale scorretta sul singolo consumatore le cui decisioni sono state condizionate e alla circostanza che, nel porre in essere una pratica commerciale scorretta, il professionista trasgredisce ad un obbligo di comportamento nei confronti del consumatore che si converte nel risarcimento degli eventuali danni cagionati al secondo, ancorché l'obbligo primario non si concreti in una vera e propria prestazione rimasta inadempiuta[235]. Si reagisce, dunque, al comportamento del professionista che viola l'affidamento del consumatore obbligandolo a risarcire l'eventuale danno cagionato dalla sua condotta scorretta. È la *relazione* tra soggetti – che entrano in contatto tramite la pratica commerciale – a creare le condizioni per l'insorgere tra i medesimi di un rapporto obbligatorio connotato, per l'appunto, in primo luogo, dall'obbligo del professionista di consentire la conservazione della sfera giuridica del consumatore (o meglio, di un qualsiasi consumatore) ed è in quest'obbligo che si concretizza la buona fede innescata dall'affidamento[236] (obbligo che, se violato, genera la responsabilità contrattuale in capo al professionista scorretto[237]).

---

[235] È la teoria dell'*obbligazione senza prestazione* che è, com'è noto, di Carlo Castronovo ed è stata tratteggiata nel suo *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 s., e ora in ID., *La nuova responsabilità civile*[3], Milano, 2006, p. 443 s.

[236] C. CASTRONOVO, *Ritorno al'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv*., 2009, p. 681 e, più di recente, ID, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 55 s., e ora anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, cit., p. 67 s., da cui le successive citazioni.

[237] CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 84, definisce questa responsabilità con l'espressione «responsabilità relazionale […] in grado di significare la violazione del rapporto obbligatorio, nasca esso sia dal contratto o dalla legge, sia che la violazione si riferisca all'obbligo di prestazione sia che si riferisca a uno degli obblighi

Appare superfluo evidenziare che lo strumento risarcitorio va comunque affiancato a quelli di carattere generale come la nullità, anche di protezione, l'annullabilità, ecc. se il caso concreto presenti i presupposti prescritti per il loro esercizio, ma ciò non implica un'applicazione generalizzata delle invalidità, che si è infatti esclusa nella trattazione dei singoli rimedi. Peraltro, il risarcimento del danno per violazione dell'obbligo di comportarsi secondo diligenza prescinde dalla conclusione o meno di un contratto così come, del resto, la responsabilità per ingiustificata interruzione delle trattative sorge, per definizione, a prescindere dalla conclusione di un contratto al fine di ristorare coloro che hanno subito un danno dalla violazione dell'obbligo di comportarsi correttamente *ex* art. 1337 c.c.[238]

Il risarcimento del danno causato a un consumatore da una pratica commerciale scorretta non è, dunque, un *rimedio contrattuale* in senso stretto, ma appare più corretto qualificarlo come un *rimedio civilistico*, proprio per porre l'accento sul fatto che è l'attività scorretta a generare la responsabilità, a prescindere dalla stipulazione dell'eventuale contratto e alle sue possibili patologie.

---

accessori. Essa significa il suo poter derivare dall'uno o dall'altro elemento in cui il rapporto si articola, dalla violazione di obblighi accessori o dall'inadempimento».

[238] TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 121 s., viceversa, qualifica la situazione cui versa il consumatore come *interesse legittimo*, trasponendone la categorizzazione dal diritto pubblico al diritto privato e ciò sulla scorta della circostanza che «l'interesse legittimo prescinde dalla dimensione meramente individuale perché la sua tutela realizza, contemporaneamente, il buon andamento e il corretto funzionamento dell'attività con la quale l'interesse privato entra in contatto» (TOMMASI, *ibidem*, p. 123). Secondo tale impostazione, dunque, il singolo consumatore vanta un interesse che ha le vesti di interesse legittimo, ma non il contenuto (espressione utilizzata, a proposito della posizione vantata dai singoli operatori del mercato rispetto alle regole strutturali del sistema *antitrust*, da F. FERRO-LUZZI, *Regole del mercato e regole nel mercato: due vasi non comunicanti*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 207), ma l'esigenza di invocare l'operatività dell'interesse legittimo, al di là della sua condivisibilità, viene meno proprio grazie al ricorso alla figura dell'obbligazione senza prestazione. Per S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1251, con la figura dell'obbligazione senza prestazione, viene meno, infatti, l'elemento di differenziazione tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo, ossia la sua strumentalità e il suo non (necessario) concretarsi nell'apprensione di un bene della vita.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Pracices Directive*, a cura di G. HOWELLS - H.W. MICKLITZ – T. WILHELMSSON, Ashgate, 2006

AA.VV., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007

AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007

AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

AA.VV., *Il codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008

AAVV, *Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009)*, in *Conc. merc.*, 2010, a cura di A.M. GAMBINO, V. FALCE e A. STAZI

AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito*, a cura di V. MELI e P. MARANO, Torino, 2011

ADDIS M., *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivo e questioni irrisolte*, in *Le pratiche commerciali sleali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007

AGRIFOGLIO S., *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2000

ALBANESE A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. PLAIA e A. BELLAVISTA, Milano, 2001

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

ALESSI ROS., *I diritti dei consumatori dopo la direttiva 2001/83/UE*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, a cura di R. ALESSI, S. MAZZARESE e S. MAZZAMUTO, Milano, 2013

ALESSI ROS., *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in *Jus civ.*, 2013

ALPA G. e BESSONE M., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997

ALPA G. – LEVI V., *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001

ALPA G., *I diritti dei consumatori*, Torino, 2002

ALPA G., *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006

AMADIO G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001

ASTONE F., *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di consumatore e professionista*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di S. PATTI e G. ALPA, Milano, 2003

ASTONE M., *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, I, Milano, 2009

AUGENHOFER S., *Ein Flickenteppich oder doch der große Wurf? Überle- gungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRV*, 2005

BARCELLONA P., voce *Errore* (dir. priv.), in *Enc. Dir*., Milano, 1966, p. 276

BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/ce: La nozione di «pratica commerciale»*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De CRISTOFARO, Torino, 2007

BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007

BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007 e anche in *Codice del consumo*[2], a cura di E.M. TRIPODI e E. BATTELLI, Milano, 2008

BATTELLI E., *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa dir. priv*., 2012

BENATTI F., *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1963

BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998

BENEDETTI G., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa dir. priv.*, 1999

BENEDETTI G., *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 c.c.*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. BELVEDERE e G. GRANELLI, Padova, 2001

BENVENUTO L., *La nozione di "microimpresa", di "piccola" e di "media impresa" negli aiuti alle attività produttive*, in *Corr. trib.*, 2005

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943

BIANCA C.M., *Il contratto, Diritto Civile*, 3, Milano 2000

BLASCO B., Spam *e pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2012

BONOFIGLIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469* bis *c.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I

BROGGIATO T., *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: prospettive evolutive del quadro normativo di riferimento*, in *Riv. bancaria*, 2011

CAGNASSO O. – COTTINO G., *Contratti commerciali*[2], in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, IX, Padova, 2009

CALAIS-AULOY J. e STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Parigi, 2006

CALANDRINO R., *Errore comune su qualità essenziali del bene oggetto di compravendita: interessi sottesi e rimedi esperibili*, in *Corr. merito*, 2010

CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA e A. PLAIA, Milano, 2011

CANNARSA M., *Protection des consommateurs. La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. Le droit commun à la recontre du droit de la consommation*, in *Jcp/La semaine juridique, Ed. gén.*, 36, 3 sept. 2008

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II ed., in corso di pubblicazione

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998

CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005

CASTRONOVO C., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*[3], Milano, 2006

CASTRONOVO C., *Ritorno al'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009

CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles*, in *Europa dir. priv*, 2011

CASTRONOVO C., *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. PLAIA e A. BELLAVISTA, Milano 2011

CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011 e ora anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012

CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2012

CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale* (nota a Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648), in *Europa dir. priv.*, 2012

CHINÈ G., sub *art. 3*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2006

CIAN M., *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Leggi civ. comm.*, 2004

CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

CONSOLO C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. "filtro" giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, in *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, a cura di C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, P.A. BUZZELLI, Milano, 2008

CONSOLO C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140*-bis *e la* class action *consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009

COREA U., *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I

CORSARO L., *Violenza* (dir. civ.) (Voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1990

COSTANZA M., *Profili di interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989

CRISCUOLI G., *La réclame «non obiettiva» come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I

CRISCUOLI G., *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985

D'ADDA F., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008

D'AMICO G., *Violenza* (dir. priv.) (Voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1993

D'AMICO G., *«Regole di validità» e principio di correttezza nella conclusione del contratto*, Napoli, 1996

D'AMICO G., voce *Formazione del contratto*, Enc. Dir., Annali, II, 2, Milano, 2008

D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della "scorrettezza"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

DE CRISTOFARO G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *NGCC*, 2009

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali nei paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010

DE CRISTOFARO G., *Violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e diritto privato*, in *Riv. bancaria*, 2011

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette* (Voce), in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano 2012

DE POLI M., *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2011

DEL PRATO E., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I

DELLI PRISCOLI L., Franchising, *contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I

DI BIASE A., *La violazione degli obblighi di* disclosure *nel contratto di* franchising *e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa dir. priv.*, 2007

DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989

DI MAJO A., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1994

DI MAJO A., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv*., 2001

DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv*., 2002

DI MAJO A., *La nullità*, in *Il contratto in generale*, a cura di A. DI MAJO - G.B. FERRI - M. FRANZONI, in *Tratt. Bessone*, t. VII, Torino, 2002

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003

DI MAJO A.., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv*., 2004

DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009

DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv*., 2005

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007

DI NELLA L., *La tutela dei consumatori*, in *Il diritto della distribuzione commerciale*, a cura di L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, Napoli, 2008

DI NELLA L., *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008

DONZELLI R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011

EMMERICH V., *Unlauterer Wettbewerb*[8], Monaco, 2009

ENNECCERUS L. – NIPPERDEY H.C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1959, 1

FABBRIS G., *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012

FALCE V., *Commento ai regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2008

FANTETTI F.R., *La "nuova" class action*, in *Resp. civ.*, 2009

FATTORI P., *Il sindacato giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. bancaria*, 2012

FENOUILLET D., *Le Code de consommation interdit deformai les pratique deloyales, trompeuses ou aggressives*, in *Rev. Contr.*, 2008

FERRO-LUZZI F., *Regole del mercato e regole nel mercato: due vasi non comunicanti*, in *Riv. dir. comm.*, 2007

FERRO-LUZZI F., *Le pratiche commerciali scorrette dal punto di vista di un arbitro bancario finanziario: il paradosso dell'inversione della fattispecie*, in *Riv. bancaria*, 2012

FICI A., *Il contratto di* franchising, Napoli, 2012

FIORITO P., *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. mer.*, 2009

FRANZONI M., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013

FRANZONI M., *La responsabilità precontrattuale è, dunque,… "contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2013

FRENI E., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008

FRIGNANI A., Franchising, *la nuova legge*, Torino, 2004

FUNAIOLI C.A., *Dolo* (dir. civ.) (Voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964

FUSI M., nota a sent. Corte giust. 19 aprile 2007, C-381/05, in *Racc.*, 2007, e in *Dir. ind.*, 2007

GABRIELLI E. – ORESTANO A., *Contratti del consumatore*, Milano, 1985

GABRIELLI E., *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI e E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2005

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*[4], t. II, 1, Padova, 2004

GALGANO F., *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione delle culture*, Bologna, 2009

GATT L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al Capo VI* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999

GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.* 2008, I

GENOVESE A., *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta del consumatore*, in *AIDA*, 2008

GENTILI A., *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, in *Contratti*, 2006

GENTILI A., *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013

GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II

GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008

GIUGGIOLI P.F., *Il contratto del consumatore*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012

GOLDMANN M., *UWG. Gesetzgegen den unlauteren Wettbewerb*, in *Kommentar*[2], a cura di H. HARTE-BAVENDAMM e F. HENNING-BODEWING, Monaco, 2009

GRANELLI C., *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007

GRANELLI C., *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990

GRISI G., *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2005

GRISI G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, in corso di pubblicazione

IRTI N., *«È vero, ma…» (Replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998

IRTI N., *Scambi senza accordi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998

KOTLER P. e KELLER K., *Marketing management*[12], a cura di W.G. SCOTT, trad. it. a cura di F. SARPI, Milano, 2007

LAMICELA M., *Dolo e abuso del diritto: il giudice controlla le parti contraenti*, in *Contr. Impr.*, 2012

LANDO O., *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regutation on a Common European Sales Law*, in *ERPL*, 2011

LEO C., *Annullamento del contratto*, in *Il* franchising, a cura di G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, Milano, 2004

LETTL T., *Werrbewrbsrecbt*, Monaco, 2009

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009

LUCCHESI F., sub *art. 3*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007;

LUMINOSO A., *La compravendita*[7], Torino, 2011

MANCALEONI A.M., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. tur.*, 2007

MANCINI A. e PERUGINI S., *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Le modifiche al codice del consumo*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di L. ROSSI CARLEO e E. MINERVINI, Torino, 2009

MANTOVANI M., *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995

MASSA F., *Pratiche commerciali scorrette* (Voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 2007

MATTEI U., *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001

MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008

MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *NGCC*, 2008

MAYR C.E., *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008

MAZEAUD D., *L'attraction du droit de la consommation*, in *Rev. trim. dr. comm*, 1998

MAZZAMUTO S. – PLAIA A., *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2008, II

MAZZAMUTO S. – PLAIA A., *I rimedi del diritto privato europeo*, Torino, 2012

MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2004

MAZZAMUTO S., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011

MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2011

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, I ed. agg., Torino, 2012

MELI V., *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in *www.orizzontidelcommerciale.it*

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II e ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011

MEOLI B. e EGIZIANO L., *Art. 39. Regole nelle attività commerciali*, in *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. STANZIAONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2006

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*[3], Milano, 1948

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972

MESSINETTI D., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia (Convegno di studi in onore di Angelo Falzea), a cura di V. SCALISI, Milano, 2004

MESSINETTI D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005

MESSINETTI D., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011 e anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012

MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008

MONTI A., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. CATERINA, Torino, 2008

MORELLI G., *Credito e imprese – credito e microimpresa: le esperienze di tre provincie italiane*, in *Riv. banc.*, 2006

MOSCATI E., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012

MÜLLER ERZBACH R., *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I

NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012

NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003

NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007

OPPO G., (*Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I

ORLANDO S., *Le informazioni*, Padova, 2012

PACI C., *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Rimini, 1997

PAGLIANTINI S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009

PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009

PAGLIANTINI S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009

PAGLIANTINI S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010

PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012

PAGNI I., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004

PAISANT G., *La protection par droit de la consommation*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, diretto da C. JAMIN e D. MAZEAUD, Parigi, 1998

PALMIERI A., *La tutela collettiva del consumatore. Profili soggettivi*, Torino, 2011

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza*, in *Foro it.*, 2012, III, c. 481

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995

PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012

PERLINGERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*[3], Napoli, 2006

PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. inf.*, 2008;

PICA T., *Sub art. 21, co.1*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009

PINE II B.J., *Mass Customization. The new frontier in business competition*, Harvard, 2003

PIRAINO F., *La vendita dei beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006

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

PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011

PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013

PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I

PLAIA A., *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa dir. priv.*, 2012

PLANIOL M.– RIPERT G. – ESMEIN P., *Traité pratique de droit civil français*, IV, Parigi, 1952

POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009

PONCIBÒ C., *Il consumatore medio,* in *Contr. impr./Europa*, 2007

POZZIO J.P., *Observation a Cass. 24-1-1995,* in *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, *Somm.*

PRATESI C.A., *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007

PRINCIGALLI A.M., *Il consumatore e l'operatore commerciale,* in *Le vendite aggressive*, a cura di A. IANNARELLI, Napoli, 1995

RABITTI M., *Sub art. 20 cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo,* a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Torino, 2009

RENDE F., *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012

RENDE F., *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi al regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

RICCI A., *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2005

RODOTÀ S., *Il controllo delle condizioni generali di contratto,* in *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977

ROMANO SALV., voce *Abuso del diritto:* c) *Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

ROMANO SALV., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione*, Napoli, 1970

ROMEO C., *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008

ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano 1975

ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprenditori e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I

ROPPO V., *Il contratto*[2], in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011

ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, 2011

ROSSI CARLEO L. e MINERVINI E., *Premessa*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007

ROSSI CARLEO L., *L'azione inibitoria collettiva: dalla norma sulle clausole abusive al nuovo codice del consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2005

ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, t. III

ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett. e), cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923

SACCO R., *Il contratto*[3], in *Tratt. Sacco-De Nova*, Torino, 2004

SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, Torino, 2001

SACK R., *Individualschutz genen unlauteren Wettbewerb*, in *Wettbew. Recht Prax.*, 2009

SALVI C., voce *L'abuso del diritto.* I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988

SANDULLI M., *sub art. 39*, in *Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005

SCAGLIONE F., *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVII, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010

SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, Milano, 2008, II

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *NGCC*, 2010

SCOGNAMIGLIO G., *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto e dell'attività*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010

SEBASTIO F., *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali delle imprese*, in *Disciplina comm*., 2007

SENIGAGLIA R., *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003

SOLINAS C., *sub art. 24, primo comma, lett. a) – d), cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di L. ROSSI CARLEO e E. MINERVINI, Torino, 2009

SOSNITZA O., *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*,in *WRP*, 2008

SPINA A., *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012

SPOTO G., *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007

SPOTO G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012

STUMPO G.R., *La definizione di microimpresa e Pmi*, in *Dir. prat. soc.*, 2003

TUVERI C., *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Corr. mer.*, 2008

STUYCK J. - TERRYN E. – VAN DYCK T., *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market L.R.*, 2006

TAMPONI M., *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. Impr.*, 2013

TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009

TENTORI K., *Scienze cognitive e tutela del consumatore: il caso dell'effetto attrazione*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. CATERINA, Torino, 2008

TOMMASI S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012

TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937

TRITTO E.A., *Pratiche commerciali scorrette nel contratto di viaggio: gli orientamenti dell'AGCM*, in *Danno e resp*., 2012

TROIANO S., *"Ragionevolezza" e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità*, in *Obbl. contr.*, 2006

VACCÀ C., Franchising*: un contratto in cerca di identità*, in *Contr. impr.*, 2004

VIGORITI L.G., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. priv.*, 2007

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993

VISINTINI G., *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I

VISISNTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972

VON JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nicht zur Perfektion gelante Vertragën*, in *Jahrb f.d. Dogmatik d. heut. Röm. U. deut. Privatr.*, 1861

WHITTAKER S., *The relationship of un fair commercial practices directive to European and National Contract Law*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practicies under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, a cura di S. WATHERILL e U. BERNITZ, Oxford, 2007

WILHELMSSON T., *Harmonizing Unfair Commercial practicies Law: the Cultural ad Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006

ZENO ZENCOVICH V., voce *Consumatore (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988

ZORZI N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010

ZORZI GALGANO N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011

ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LXII, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012

GIURISPRUDENZA

G.d.P. Civitanova Marche 4 dicembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 654

Trib. Lucca 4 luglio 2000, in *Giur. Merito*, 2000, I, p. 6

Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Contratti*, 2000, p. 442, con nota di D. MAFFEIS

Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, p. 645

Trib. Terni 13 luglio 1999, in *Danno e resp.*, 2000, p. 866

Cass. 31 luglio 1939, n. 3069, in *Rep. Foro it*., 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 132

Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Contratti*, 2005, p. 566

Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in *Contratti*, 2007, 1, p. 19

Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. giust. civ*., 2007

Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di C. CASTRONOVO

Cass., s.u. 15 gennaio 2009, n. 794, in *Giur. it*., 2009, p. 2641 s., con nota di M. BONA

Tar Lazio, 25 gennaio 2012, n. 1575

Cons. St. a.p. 11 maggio 2012, n. 11-16, in *Giur. it.*, 2012, p. 1247 s. e in *Foro it.*, 2012, III, c. 481 s., con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI

Corte cost. ord., 30 giugno 1999, n. 282

Corte cost. 22 novembre 2002 n. 469, in *Foro it*., 2003, I, 340, con nota di A. PLAIA; in *Danno e resp.*, 2003, p. 701 s., con nota di E. PERFUMI

Cass. fr. 15 avril 1982, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1984, *Jur*, p. 439, con nota di J.P. PIZZIO

Cass. fr. 28 avril 1987, in *Bull civ.*, I, n. 134, p. 103; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, p. 537, con nota di J. MESTRE; in *Rec. Dalloz Sirey*, 1988, *Jur*, p. 1, con nota di PH. DELEBEQUE; in *J.C.P.*, 1987, II, 20893, con nota di G. PAISANT

Cass. fr. 24 janvier 1995, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, *Jur.*, p. 327, con nota di G. PAISANT

Cass. fr. 15 mars 2005, n. 02-13285, in *Bull. civ.*, 2005, I, n. 135

Corte giust. 10 novembre 1982, C-261/81, in *Racc.*, 1983, I-3961

Corte giust. 10 novembre 1982, C-261/81, in *Racc.*, 1983, I-3961

Corte giust. 16 gennaio 1992, C-373-90, in *Racc.*, 1992, I-131

Corte giust. 18 maggio 1993, C-126/91, in *Racc*, 1993, I-2361

Corte giust. 18 maggio 1993, C-126/91, in *Racc.*, 1993, I-2361

Corte giust. 6 luglio 1995, C-470/93, in *Racc.*, 1995, I-1923

Corte giust. 16 luglio 1998, C-210, in *Racc.*, 1998, I-4657

Corte giust. 16 luglio 1998, C-210/96, in *Racc.*, 1998, I-1003

Corte giust. 16 luglio 1998, C-210/96, in *Racc.*, 1998, I-4657

Corte giust. 13 gennaio 2000, C-220/98, in *Racc.*, 2000, I-117

Corte giust. 22 novembre 2001, C-541/99, in *Racc.*, 2001, I-9049

Corte giust. 22 novembre 2001, C-542/99, in *Racc.*, 2001, I-9049

Corte giust. 24 ottobre 2002, C-99/01, in *Racc.*, 2002, I-9375

Corte giust. 8 aprile 2003, C-44/01, in *Racc.*, 2003, I-3095

Corte giust. 12 febbraio 2004, C-218/01, in *Racc.*, 2004, I-1725

Corte giust. 29 aprile 2004, C-468/01, in *Racc.*, 2004, I- 5141

Corte giust. 20 gennaio 2005, C-464/01, in *Racc.*, 2005, I-439

Corte giust. 15 marzo 2012, C-453/10

RINGRAZIAMENTI

Il primo ringraziamento va alla mia Famiglia per il sostegno ricevuto anche in questo percorso *post* laurea.

Nel percorso formativo dei giovani studiosi (o aspiranti tali) il ruolo fondamentale è ricoperto dal Maestro che guida e illumina la strada da seguire. Vi è poi chi è doppiamente fortunato perché, come il sottoscritto, di Maestri ne ha due: il prof. Salvatore Mazzamuto, direttore della Scuola Dottorale e relatore della tesi di laurea, e il prof. Giuseppe Grisi, tutor e coordinatore del dottorato. Quest'ultimo, per dirigermi sulla retta via, ha dovuto addirittura scrivere un saggio sul tema qui affrontato (apparso sul primo numero del 2013 di *Europa e diritto privato*) e solo per questo il ringraziamento è doppio.

Grazie anche a tutti gli studiosi della Scuola Dottorale (e soprattutto ai ricercatori Fabrizio Piraino e Giuseppe Spoto) che hanno condiviso questo percorso formativo accademico e di vita, e al Segretario amministrativo dott. Stefano Passera, il quale ha assunto il ruolo di "baby sitter" stante la mia conclamata inattitudine al rispetto delle scadenze burocratiche.