



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Tesi di Dottorato di Ricerca in "Diritto Privato dell'Economia"
(XXIII Ciclo)

Dott.ssa PAOLA FIGUERA

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
E DISCIPLINA GENERALE DEI CONTRATTI

Tutor:

Chiar.ma Prof. Michela Cavallaro

Chiar.ma Prof. Marisaria Maugeri

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Massimo Paradiso

Anno Accademico 2010 - 2011

INDICE

Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti

CAPITOLO I – L'introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nell'ordinamento comunitario e italiano

- | | |
|--|------|
| 1. La Direttiva 2005/29/CE | p.4 |
| 2. Proposte della dottrina italiana in merito al recepimento della direttiva nel nostro ordinamento | p.15 |
| 3. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel nostro ordinamento e i relativi rapporti con altre discipline con essa interferenti | p.23 |
| 4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina | p.32 |
| 5. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina | p.36 |

CAPITOLO II – Definizioni normative e individuazione delle fattispecie

- | | |
|--|------|
| 1. Le pratiche commerciali scorrette: caratteri generali | p.50 |
| 2. Le azioni ingannevoli | p.54 |
| 3. Le omissioni ingannevoli | p.74 |
| 4. Le pratiche commerciali "aggressive" | p.84 |

CAPITOLO III – La tutela del singolo nelle ricostruzioni degli interpreti

1. Tutela collettiva e tutela individuale	p.106
2. Violazione di norme imperative e rimedio della nullità	p.121
3. Consenso viziato e annullabilità dell'atto	p.134
4. Il rimedio risarcitorio fra la tutela dell'interesse lesso e reintegrazione del patrimonio	p.149

CAPITOLO IV – Tipologia della violazione e adeguatezza del rimedio

1. La <i>ratio</i> della disciplina: buon funzionamento del mercato e protezione dei consumatori	p.160
2. La tutela del consumatore singolarmente considerato fra rimedi contrattuali e rimedi risarcitori	p.169
3. I rimedi risarcitori	p.183
4. I rimedi invalidativi	p.197

Bibliografia	p.215
---------------------	-------

Capitolo I

L'introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nell'ordinamento comunitario e italiano

1. La Direttiva 2005/29/CE - 2. Proposte della dottrina italiana in merito al recepimento della direttiva nel nostro ordinamento - 3. Il recepimento della Direttiva 2005/29/CE nel nostro ordinamento e i relativi rapporti con altre discipline con essa interferenti - 4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina - 5. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina

1. La Direttiva 2005/29/CE

L'undici giugno 2005 è stata pubblicata, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, la direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori, successivamente recepita nel nostro ordinamento con i decreti legislativi nn. 145/146 del 2 agosto 2007.

La base giuridica del provvedimento viene ravvisata nell'art. 95 TCE¹, trattandosi di una "misura relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri" adottata per consentire l'instaurazione ed assicurare il pieno e corretto funzionamento del mercato interno, che richiede, secondo quanto previsto dall'art. 14 Ce, uno "spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi".²

La direttiva in esame rientra pertanto fra quelle che, nel quadro della realizzazione del mercato interno, la Comunità ha adottato in vista del

¹ Oggi art. 114 Trattato UE.

² Cfr. DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p.1.

perseguimento degli obiettivi individuati dal § 1, dell'art. 153 Ce³, proponendosi, come enunciato dall'art. 1 della direttiva, di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e, nel contempo, un più elevato livello di protezione dei consumatori, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

In particolare, scopo "enunciato" della direttiva è quello di reprimere i comportamenti delle imprese sul mercato contrari a regole di correttezza, e dunque "sleali", che possano pregiudicare gli interessi economici dei consumatori.⁴

In essa si distinguono, fondamentalmente, due parti, la prima, (artt. 2-13) relativa alla nuova regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, la seconda, relativa all'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti (artt. 14-16).

Nella prima parte sono contenuti il divieto generalizzato di porre in essere pratiche commerciali "sleali" lesive degli interessi economici dei consumatori (art.5, par. 1), i parametri di valutazione del carattere "sleale" di una pratica commerciale (artt. 5-9) e l'attribuzione agli Stati membri del compito di predisporre mezzi, anche processuali, adeguati per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, nonché un apparato di sanzioni da applicarsi in caso di violazione della disciplina *de quo* (artt. 11-13); la seconda parte, invece, apporta modifiche alle direttive in tema di pubblicità ingannevole e comparativa e (dir. 1984/450/CEE), di contratti conclusi a distanza tra professionisti e consumatori (dir. 1997/7/CE e 2002/65/CE), di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (dir. 1998/27/CE) nonché al Regolamento Ce n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

Come si legge nella relazione alla proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali, COM (2003) 356 def., "è stato per primo il Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea ad avanzare la tesi della

³ Cfr. il "considerando" n. 1 secondo cui "L'art. 153, paragrafi 1 e 3, lettera a), del trattato prevede che la Comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'art. 95 del medesimo".

⁴ Cfr. il "considerando" n. 8.

necessità di una riforma della normativa comunitaria in materia di tutela dei consumatori per affrontare il problema degli ostacoli alla fornitura transfrontaliera di merci e servizi ai consumatori”,⁵ proponendo come soluzione una direttiva quadro contenente un principio generale concernente le pratiche commerciali sleali.

Infatti, le molteplici differenze riscontrate nei vari ordinamenti nazionali in materia di pratiche commerciali sleali sono state ritenute potenziale causa di distorsione della concorrenza e di limiti al buon funzionamento del mercato interno (considerando 3 della direttiva).

Il legislatore comunitario, dunque, ha voluto perseguire con la direttiva in esame l’obiettivo di ridurre gli ostacoli identificati dalla Commissione europea affinché le negoziazioni transfrontaliere siano intensificate.

In particolare, tra i suddetti ostacoli si ravvisa l’incertezza, da parte delle imprese che vogliono effettuare esportazioni in altri Stati membri, riguardo le norme applicabili su tali territori, nonché la presenza di discipline diverse che comportano la necessità di sostenere ingenti costi per conformare la propria attività alle diverse normative nazionali; ed, infine, al di là dei problemi linguistici o fiscali, si ravvisa l’incertezza sentita dai consumatori in relazione ai contratti conclusi con professionisti aventi sede in altri Paesi dell’Unione Europea.⁶

Soltanto con la rimozione di questi ostacoli ad avviso degli organi comunitari il mercato comune potrà reputarsi veramente tale ed i consumatori potranno accedere ad una scelta di prodotti più vasta e di qualità superiore a costi minori.

Sotto altro profilo si reputa che le pratiche commerciali sleali possano compromettere la fiducia dei consumatori e provocare un fallimento del mercato riducendo la capacità dei consumatori di operare scelte consapevoli e, quindi, efficienti.

⁵ Cfr. la *Relazione* illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, in COM (2003) 356 def., p. 2 ss.

⁶ Cfr. in proposito la *Relazione* illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, p. 4 ss., e ANGELINI R. in *Codice del consumo sub art.18*, II edizione a cura di Cuffaro V., Giuffrè, Milano, ed. 2008, p. 97.

Perciò scopo della direttiva è raggiungere, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tale settore, i due obiettivi fondamentali dell'armonizzazione dei prezzi praticati all'interno del mercato europeo per i medesimi beni o servizi, e dell'ampliamento e la diversificazione dell'offerta di prodotti e servizi attingibili da parte dei consumatori, che consentirebbe a costoro di accedere anche a beni o servizi qualitativamente migliori o più innovativi rispetto a quelli offerti da imprese stabilite negli Stati di residenza, incentivando in tal modo anche la concorrenza tra le imprese.

Bisogna comunque evidenziare come, il ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri riguarda solo le pratiche commerciali sleali che ledono "direttamente" gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi⁷, con la conseguenza che restano escluse dall'ambito di operatività della direttiva le pratiche commerciali lesive unicamente degli interessi economici dei concorrenti o connesse esclusivamente a contratti conclusi, o da concludersi, fra professionisti.

Così, sono escluse dalla disciplina comunitaria in esame sia le pratiche commerciali prive di una diretta connessione con rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, che potranno essere disciplinate in modo autonomo, sia quelle che ledono interessi non economici dei consumatori.

Nello stesso considerando 6 della direttiva si legge, poi, che la disciplina in esame "non riguarda" e "lascia impregiudicate" anche le disposizioni della direttiva 84/450/Cee, in materia di pubblicità ingannevole, così come modificata dalla stessa direttiva 2005/29/CE.

Ed ancora, si precisa, che la direttiva "non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale, ai diritti di proprietà intellettuale, agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti, alle condizioni di stabilimento e ai regimi di autorizzazione"⁸, comprese le norme comunitarie vigenti in materia di "attività legate all'azzardo", nonché, come si legge nell'art. 3, § 5, non pregiudica l'applicazione delle norme che determinano la competenza giurisdizionale.

⁷ Cfr. il considerando 6 della direttiva 2005/29/CE.

⁸ Cfr. considerando 9.

Infine, con riferimento ai rimedi a tutela del consumatore singolarmente considerato, si specifica che la direttiva “non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”⁹ né “i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale”.¹⁰

Ci si può chiedere, in proposito, se tale precisazione fosse necessaria, dal momento che, in assenza di un’espressa previsione di contenuto opposto, non vi era alcun motivo per ravvisare nella disciplina in esame un ostacolo all’applicazione delle disposizioni in materia contrattuale.

È chiaro, infatti, che laddove la scorrettezza delle pratiche commerciali sia talmente grave da integrare un vizio nella formazione della volontà contrattuale, la normativa in esame non osterà al fatto che il consumatore possa comunque tutelarsi con l’ordinaria azione di annullamento del contratto per errore, violenza o dolo, anziché avvalersi dei rimedi offerti dalla direttiva.

Ciò non toglie che appare evidente che la direttiva avrà importanti ricadute sul diritto contrattuale italiano, anche in assenza dell’introduzione di rimedi *ad hoc* da parte del nostro legislatore per i contratti stipulati per effetto di una pratica commerciale sleale¹¹.

Dunque, tale norma non può che essere letta nel senso che gli Stati membri sono liberi, nell’applicazione del diritto contrattuale e in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto, di individuare obblighi maggiori o minori a seconda delle politiche di protezione che gli stessi intendano perseguire, nonché di selezionare, in caso di violazione della disciplina contenuta nella Direttiva, il rimedio che a loro appaia più

⁹ Cfr. l’art. 3, § 2 della direttiva 2005/29/CE.

¹⁰ Cfr. considerando 9.

¹¹ In tal senso MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 82, che evidenzia, inoltre, come “l’interprete ha forte la sensazione di essere in presenza di una sorta di *excusatio non petita*. Non è difficile prevedere, infatti, che la direttiva avrà ricadute importanti sul diritto contrattuale italiano, quand’anche in sede di attuazione della stessa non venissero dettate apposite norme che statuissero la nullità (relativa) o l’annullabilità del contratto stipulato per effetto di una pratica commerciale sleale”.

congruo, e nel far ciò possono sia modificare la disciplina preesistente sia rinviare tacitamente al sistema.¹²

La disposizione in esame, cioè, appare utile nell'ambito di una direttiva di armonizzazione massima, in quanto individua uno spazio di libertà per i singoli Stati membri nella conformazione della regola «privatistica» senza escludere in alcun modo che la nuova disciplina possa interagire con la preesistente disciplina in materia di contratto.

Fulcro della direttiva, dunque, è il divieto generale delle pratiche commerciali sleali; come si legge anche nella *Relazione* alla proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 18 giugno 2003 essa, infatti, non impone al professionista alcun obbligo positivo da rispettare per dimostrare il carattere leale dei suoi comportamenti, ma si limita a porre a suo carico il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali, definendo in modo puntuale, come vedremo nel prosieguo, i criteri e i parametri in base ai quali può ravvisarsi la violazione del divieto.¹³

Le fattispecie interessate dalla disciplina in esame sono tutte quelle ricomprese nella nozione di “pratiche commerciali tra imprese e consumatori” poste in essere “prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto” (art. 3).

L'ambito di applicazione della direttiva è, quindi, piuttosto vasto, data l'ampia accezione delle espressioni usate, intendendosi per “pratiche commerciali tra imprese e consumatori” ai sensi dell'art. 2 lett. d) “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”, e per “prodotto” qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni.

¹² MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 479.

¹³ Cfr. la *Relazione* illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, in COM (2003) 356 def., § 30, in cui si legge che “La direttiva definisce le condizioni che determinano se una pratica commerciale è **sleale**; non impone alcun obbligo positivo che un professionista deve rispettare per dimostrare il carattere leale dei suoi comportamenti. Ciò è in linea con le posizioni espresse da molti dei soggetti interpellati secondo cui una maggiore certezza del diritto può essere conseguita definendo ciò che è sleale piuttosto che ciò che è leale”.

Tale definizione abbraccia qualsiasi comportamento dell'impresa volto ad influenzare le decisioni dei consumatori concernenti l'acquisto o meno di un prodotto o servizio e il modo e le condizioni dell'acquisto, nonché le decisioni successive all'acquisto come, ad esempio, "se pagare integralmente o parzialmente" e cioè se dare esecuzione al contratto, o "se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale", come esemplificato dall'art. 2 lett. k).

Oggetto della direttiva sono quindi tutti i comportamenti tenuti dall'impresa sul mercato per influenzare a proprio vantaggio le scelte e quindi la domanda dei consumatori.

In particolare la direttiva introduce una disciplina degli atti di concorrenza sleale che pregiudicano in modo diretto gli interessi dei consumatori, e in modo indiretto anche quelli dei concorrenti.

Dal riferimento contenuto nella definizione di cui all'art. 2 alla pubblicità e al marketing e da un primo esame alla *black list* di fattispecie ritenute senz'altro sleali dalla direttiva emerge che la direttiva si occupa di comportamenti che sono in buona parte già oggetto di norme in parte di origine comunitaria poste a tutela degli interessi dei consumatori e dei concorrenti, come la pubblicità ingannevole e la pubblicità comparativa illecita, e che rientrano più in generale nella repressione della concorrenza sleale.

L'utilizzo del termine "sleali" per indicare il criterio di valutazione delle pratiche commerciali mostra subito che la direttiva intende introdurre una disciplina generale volta a reprimere le condotte delle imprese sul mercato contrarie a regole di correttezza aventi una diretta efficacia lesiva agli interessi dei consumatori integrando così la tradizionale repressione della concorrenza sleale, negli Stati dove esiste, sia che questo istituto abbia già negli ordinamenti nazionali lo scopo di tutelare contemporaneamente concorrenti e consumatori, sia che abbia lo scopo di tutelare principalmente e direttamente solo i concorrenti.

Evidente è, dunque l'interferenza tra la disciplina introdotta con la direttiva, e la disciplina della concorrenza sleale già esistente negli ordinamenti degli stati membri.

È stato, in proposito osservato¹⁴ che l'assimilazione o l'avvicinamento della disciplina, contenuta nella direttiva, a quella che reprime la concorrenza sleale tuttavia urta contro due obiezioni: innanzitutto, che la normativa si propone di tutelare i modo diretto gli interessi dei consumatori e non quello dei concorrenti; in secondo luogo, che il legislatore comunitario lascia in larga misura ai legislatori nazionali, come aveva fatto in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, la scelta del sistema di *enforcement*, cioè dei mezzi, amministrativi o giurisdizionali, con cui assicurare l'osservanza delle norme sostanziali, limitandosi a proporre la scelta fra tre modelli di *enforcement*, gli stessi previsti dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole, per cui la disciplina interna potrebbe avere caratteri completamente differenti rispetto a quelli propri della repressione della concorrenza sleale.

In ogni caso, l'assimilazione o l'avvicinamento alla repressione della concorrenza sleale pur non giovando a determinare le caratteristiche della legislazione con cui la direttiva viene recepita nei singoli ordinamenti nazionali e la posizione di tale legislazione nel sistema legislativo, consente, tuttavia, di determinare meglio le finalità e i caratteri generali della disciplina contenuta nella direttiva.

Infatti, appare evidente che la direttiva tutela i consumatori mediante l'introduzione di norme che regolano il comportamento delle imprese sul mercato e, quindi, indirettamente la concorrenza, come riconosciuto espressamente nei considerando della direttiva e come si evince dall'art. 11 della direttiva che attribuisce anche ai concorrenti la legittimazione ad agire per fare cessare la pratica commerciale sleale.

Nei *considerando*, infatti, viene ripetutamente sottolineato che l'emanazione della direttiva è giustificata non solo dall'art. 153, Paragrafi 1 e 3, lettera a) del Trattato CE (*considerando* 1), che prevede che "la comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei

¹⁴ Cfr. AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?* In *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di A. Genovese, Cedam 2008, p. 3 ss.

consumatori”, ma anche dalla necessità di rimuovere ostacoli al “buon funzionamento del mercato interno” (*considerando* 3) derivanti dalle notevoli differenze delle legislazioni nazionali che “rendono più oneroso per le imprese l’esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intendano effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie e promozioni delle vendite transfrontaliere” (*considerando* 4).

Ed ancora, nel *considerando* n. 6 si legge che le pratiche commerciali sleali “ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti”, e nel *considerando* 8 che la direttiva “tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale”.

Perciò, in dottrina¹⁵ si è evidenziato come la scelta del legislatore di armonizzare le normative degli Stati membri con esclusivo riferimento alle pratiche commerciali sleali che pregiudichino in maniera diretta gli interessi dei consumatori sia dovuta principalmente alla difficoltà di pervenire ad un’armonizzazione generale della repressione della concorrenza sleale, fermo restando che la direttiva persegue, indirettamente, anche lo scopo di tutelare la concorrenza, nell’interesse dei concorrenti e della collettività.

Per tali ragioni si può dire che la direttiva in esame si iscrive nella disciplina della concorrenza nell’interesse generale e di tutti i soggetti che agiscono sul mercato come operatori e come consumatori.

La direttiva detta, poi, dei criteri generali per l’accertamento del carattere “sleale” di una pratica, e cioè la contrarietà della stessa “alle norme di diligenza professionale”, e la sua idoneità a “falsare in misura rilevante il comportamento economico” del “consumatore medio” al quale è diretta.¹⁶

Tale definizione è seguita dall’enunciazione di due categorie particolari di pratiche sleali, che danno concretezza al divieto generale: le pratiche ingannevoli e quelle aggressive. A ciò si aggiunge la lista “nera” delle pratiche considerate senz’altro sleali, che si trova nell’allegato I alla direttiva.

¹⁵ In tal senso AUTERI P., *op. cit.*, p. 6.

¹⁶ Art. 5, c.1, lett. a) - b).

Nei “considerando” della direttiva viene evidenziata la piena compatibilità della nuova disciplina con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità sanciti dall’art. 5 del Trattato Ce, nonché con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.¹⁷

Non è chiaro invece il rapporto intercorrente tra gli artt. 1-13 della direttiva in esame ed il restante diritto comunitario.

In particolare, mentre le precedenti direttive volte a regolare le condotte tenute dai professionisti nei confronti dei consumatori in vista della stipula di contratti con questi ultimi, erano caratterizzate da un approccio “verticale”, essendo volte a disciplinare solamente singole tipologie di pratiche commerciali¹⁸, ovvero pratiche commerciali aventi ad oggetto speciali categorie di beni o servizi¹⁹ o pratiche commerciali poste in essere mediante il ricorso a determinati mezzi di comunicazione²⁰, la direttiva 2005/29/Ce si caratterizza per un approccio di tipo “orizzontale” investendo tutte le pratiche commerciali realizzate nei rapporti fra professionisti e consumatori, indistintamente, qualunque ne siano le caratteristiche ed i contenuti dei

¹⁷ Cfr. il *considerando* 23 in cui si legge, con riferimento al principio di sussidiarietà, che l’intervento della Comunità è legittimato, e dunque pienamente compatibile con il principio di sussidiarietà, dalla circostanza che gli scopi perseguiti dalla direttiva, e cioè l’eliminazione degli ostacoli frapposti al funzionamento del mercato interno dalle differenze esistenti fra le leggi nazionali in materia di pratiche commerciali sleali e il conseguimento di un elevato livello comune di tutela dei consumatori mediante il ravvicinamento delle normative nazionali vigenti in materia, “non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possono essere realizzati meglio a livello comunitario”, e, con riferimento al principio di proporzionalità, che la direttiva “si limita a quanto è necessario per eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno e conseguire un elevato livello comune di tutela dei consumatori in ottemperanza al principio di proporzionalità”.

¹⁸ Cfr. la direttiva 98/6/Ce del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori.

¹⁹ Cfr. ad esempio la direttiva 2001/83/Ce del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, art. 86-100 come modificati dalla direttiva 2004/27/Ce del 31 marzo 2004, nonché la direttiva 2003/33/Ce del 26 maggio 2003 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco.

²⁰ Cfr. ad esempio gli artt.10-20 della direttiva 89/552/Cee del 3 ottobre 1989 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive, come modificata dalla direttiva 97/36/Ce, nonché la direttiva 2000/31/Ce dell’8 giugno 2000, relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

contratti ai quali sono connesse, motivo per il quale negli stessi lavori preparatori²¹ si parla di “direttiva-quadro”.

Inoltre si tratta di una disciplina di natura sussidiaria²², in quanto, come espressamente previsto dall’art. 3 §4, laddove esistano nel diritto comunitario delle disposizioni di carattere più specifico relativamente a determinate tipologie di pratiche commerciali, le disposizioni speciali devono essere applicate insieme ai precetti generali contenuti nella direttiva, e, se incompatibili prevalgono sulla normativa generale.²³

L’eliminazione delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali in materia di pratiche commerciali sleali e la creazione di un quadro giuridico uniforme in tutti gli Stati europei sono apparse agli organi comunitari le soluzioni migliori per indurre i consumatori ad acquistare beni o servizi offerti da imprenditori aventi la propria sede in altri Stati nonché per stimolare le imprese ad offrire i propri beni e servizi ai consumatori residenti in tutti gli Stati dell’Unione europea, ivi promuovendoli e commercializzandoli.

Le suddette ragioni poste alla base dell’emanazione della direttiva in esame, permettono di spiegare perché l’armonizzazione disposta dagli artt. 2-13 della direttiva in esame è un’armonizzazione “completa” e non meramente minimale: gli ordinamenti interni degli Stati membri devono attenersi rigorosamente al livello di protezione assicurato ai consumatori dalla direttiva, essendo preclusa ai legislatori nazionali la possibilità non solo di ridurre tale livello, ma anche di mantenere o introdurre disposizioni suscettibili di incrementarlo, come si desume dall’art. 3 n.4.²⁴

Gli ordinamenti nazionali sono tenuti a valutare con i criteri dettati nella direttiva ed eventualmente reprimere tutte le pratiche commerciali oggetto

²¹ Cfr. la *Relazione* illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, in COM (2003) 356 def., nn. 44 e 45.

²² DE CRISTOFARO G., *L’attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell’ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 82.

²³ Cfr. art 3, § 4, della direttiva 2005/29/CE il quale nel definire l’ambito di applicazione della direttiva dispone che “In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici.”

²⁴ Cfr. in proposito la sentenza pronunciata dalla CG il 23-4-2009, nei procedimenti riuniti C-261/07 e C-299/07, VTB-VAB NV e *Galatea BVBA*, e la successiva sentenza del 14-1-2010, pronunciata dalla CG nella causa C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*.

della direttiva, mentre possono liberamente disciplinare le pratiche commerciali che non rientrano nell'oggetto della direttiva, salvi gli obblighi derivanti da altre direttive, ed in particolare dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa come modificata.

Inoltre, la direttiva in esame per espressa previsione dell'art. 3 “non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”, né “l'applicazione delle disposizioni comunitarie o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti”, né “l'applicazione delle norme che determinano la competenza giurisdizionale”, né, infine, “le eventuali condizioni relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti, che gli Stati membri possono, conformemente alla normativa comunitaria, imporre a questi ultimi”.

Merita un particolare approfondimento l'esame dell'art. 3, §2, della direttiva nella parte in cui stabilisce che le disposizioni della direttiva 2005/29/CE non pregiudicano l'applicazione del diritto contrattuale, in quanto una corretta interpretazione della disposizione è indispensabile al fine dell'individuazione dei rimedi esperibili dal singolo consumatore lesa da una pratica commerciale scorretta.

2. Proposte della dottrina italiana in merito al recepimento della direttiva nel nostro ordinamento

Come abbiamo accennato, la direttiva ha lasciato gli Stati membri liberi di stabilire le conseguenze “privatistiche”, in materia di formazione del contratto, vizi del consenso ed efficacia del contratto, della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali. La suddetta previsione ha, dunque, dato luogo ad un doppio binario di tutele: collettive, con riferimento alla tutela

amministrativa e giurisdizionale degli artt. 27 e 140 cod. cons., ed individuali, con riferimento al diritto patrimoniale comune.²⁵

La dottrina italiana, in sede di prima lettura della direttiva, ed in attesa del suo recepimento nell'ordinamento italiano, ha formulato l'auspicio che il nostro legislatore intervenisse in maniera esplicita sul punto colmando la lacuna lasciata dal legislatore comunitario attraverso l'indicazione di uno o più rimedi.²⁶

Tuttavia, è stato anche rilevato che la direttiva non obbliga i legislatori nazionali a creare, ai fini del recepimento della direttiva, regole "speciali" *ad hoc* per i contratti dei consumatori, divergenti rispetto alla disciplina generale in tema di contratti, essendo consentito comunque il ricorso a rimedi generali, quali la nullità o l'annullabilità del contratto concluso a seguito di una pratica commerciale sleale.²⁷

Diverse, quindi, sono state le soluzioni prospettate.

In via preliminare è stato, giustamente, evidenziato come al legislatore si ponesse in astratto la facoltà di scegliere, fondamentalmente, tra la possibilità di lasciare immutata la disciplina dettata dagli artt. 1439 e 1440 c.c. e quella, viceversa, di modificare la nozione di dolo procedendo ad una sua rilettura alla luce della nuova normativa di fonte comunitaria.²⁸

Così, aderendo alla prima soluzione il legislatore interno avrebbe dovuto limitarsi a predisporre uno statuto sulle azioni inibitorie a tutela dell'interesse generale dei consumatori intesi come collettività, attribuendo la legittimazione attiva agli enti collettivi.

La principale conseguenza di questa scelta, come meglio vedremo in seguito, sarebbe stata quella di determinare una netta cesura tra la disciplina del singolo rapporto contrattuale, disciplinata dal diritto patrimoniale comune, e lo statuto a tutela degli interessi superindividuali della categoria dei consumatori.

²⁵ CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *contratto e impresa Europa*, 1/ 2007, p. 71 ss.

²⁶ Si tratta di un auspicio che, come vedremo nel prossimo paragrafo, non è stato accolto dal legislatore italiano.

²⁷ Cfr. DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

²⁸ CALVO Roberto, *op. cit.* p. 71 ss.

Aderendo, invece, alla seconda soluzione il legislatore sarebbe dovuto intervenire sulla nozione di “dolo” di cui all’art. 1439, c. 1, c.c., sostituendo al termine “dolo” il sintagma “azioni ingannevoli”, in maniera da chiarire che la norma in questione insegue lo scopo di sanzionare *iure privatorum* – indipendentemente dalla qualifica soggettiva delle parti e dall’oggetto del rapporto negoziale – non solo la truffa contrattuale, ma il raggirò puro e semplice²⁹.”

Altra strada percorribile sarebbe stata, poi, l’introduzione regole “speciali” quali l’attribuzione al consumatore che abbia stipulato un contratto in seguito ad una pratica commerciale sleale di un diritto “straordinario” di recesso *ad nutum*, o il potere di invocare la nullità (relativa) del contratto, ovvero il riconoscimento di pretese risarcitorie o pecuniarie di natura speciale, o il riconoscimento di valore giuridicamente vincolante alle affermazioni false o comunque ingannevoli contenute nei messaggi pubblicitari e nelle comunicazioni commerciali³⁰.

Nell’ottica dell’introduzione in sede di attuazione della direttiva di un rimedio unico di carattere generale è stato prospettato il ricorso ai rimedi caducatori presenti nel diritto interno, ed in particolare alla *nullità relativa* per violazione di norme di protezione dell’interesse dei consumatori e all’*annullabilità* del contratto.

²⁹ CALVO Roberto, *op. cit.*, p. 72, il quale precisa che in tal modo, applicandosi la “sanzione civile” (cioè l’annullamento) non solo al raggirò intenzionale ma anche alle vicende “permeate dalla falsità obiettiva della pratica sleale”, si determinerebbe la “fuoriuscita dell’intento di trarre in errore dalla categoria degli elementi costitutivi dell’errore provocato”. L’Autore prospetta, poi, una terza possibilità, alla quale accorda la sua preferenza, consistente nell’inserire all’interno del codice di “settore” una “regola speciale” in materia di pratiche vizianti il consenso del consumatore grazie alla quale, ricorrendo i presupposti enumerati nell’art. 6 della direttiva (relativo alle azioni ingannevoli), il soggetto passivo della condotta ingannevole è legittimato a far valere l’azione d’annullamento ai sensi degli artt. 1441 ss. c.c. qualora l’informazione falsa sia *causam dans* della volontà, oppure è legittimato ad esperire il solo rimedio risarcitorio qualora il contratto, in assenza della falsità, sarebbe stato perfezionato a condizioni diverse. Secondo l’Autore, inoltre, una norma così congegnata sarebbe desumibile dall’art. 3 cpv. della direttiva, ai sensi del quale la direttiva in esame “non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”. Il pregio di una simile soluzione sarebbe quello di consentire un doppio risultato utile, e in particolare, quello di uniformare in modo effettivo il diritto interno a quello comunitario e di evitare la “manipolazione” degli artt. 1439 e 1440 c.c.

³⁰ Cfr. DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 24.

In particolare la tesi della nullità di protezione è stata sostenuta da autorevole dottrina³¹ facendo leva sull'*irrazionalità* del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale sleale. Si evidenzia che poiché la razionalità è il fondamento dell'autonomia negoziale, è razionale anche che il vincolo cada quando la razionalità è mancata.³²

In sintesi, secondo questo Autore, il contratto stipulato a seguito di pratica commerciale scorretta, evidenzerebbe una violazione di quella razionalità economica che deve invece essere sottesa ad ogni libera scelta contrattuale; ed allora è proprio la irrazionalità in discorso a determinare la invalidità del contratto, nella forma della nullità di protezione. Infatti, secondo la tesi in esame “anche la lesione della capacità di intendere, ovvero della capacità di volere ma al di fuori dei vizi tradizionali”³³ giustificerebbe la sanzione della nullità relativa, un'invalidità “di protezione” che è pur sempre nullità in quanto comunque connessa ad un interesse generale, e quindi rilevabile d'ufficio e imprescrittibile, ma che, essendo di protezione, opera solo a vantaggio della parte protetta. Il suo tratto essenziale è, quindi, la necessaria *parziarietà*.

Tuttavia, la suddetta tesi non convince proprio per il fatto di esprimersi in termini di nullità parziale. Ciò in quanto basta esaminare alcune delle ipotesi indicate nella lista nera di cui all'art. 23 c. cons. per capire che in linea di massima non è possibile una caducazione parziale del contratto.³⁴

³¹ GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I contratti* 2/2006, p. 159 ss.

³² GENTILI A., *op. ult. cit.*, p.169, afferma in proposito che: “la teoria del contratto dal codice napoleonico al codice germanico si costruisce di pari passo con la teoria economica (...): parti libere ed eguali valutano la propria utilità marginale nello scambio secondo razionalità. Poiché la razionalità è il fondamento dell'autonomia negoziale, è razionale anche che il vincolo cada quando quella razionalità è mancata.”

³³ Infatti secondo l'Autore con la disciplina delle pratiche commerciali sleali viene rielaborata la dottrina della capacità di intendere e lo speciale rilievo dell'informazione preventiva rispetto ad essa, e viene allargata l'area di operatività dei tradizionali vizi del volere alle anomalie nascenti da indebiti condizionamenti e specifiche debolezze, in GENTILI A., *op. ult. cit.*, p. 171.

³⁴ Cfr. MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Padova, 2008, p. 270, la quale cita ad esempio l'art. 23 c. cons. secondo il quale: “Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta; b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione; c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura (...). È

Altra dottrina ha, invece, sostenuto la tesi della nullità di protezione in riferimento alle pratiche aggressive sulla base di un'estensione in via analogica di figure testuali di nullità relativa, come quella prevista dall'art. 16, comma 4, d. lgs. 190/2005, in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, nonché sulla considerazione che le pratiche in esame "ledono la libertà di scelta del consumatore, prerogativa di rango primario nel diritto comunitario e di indubbio spessore generale".³⁵

La stessa dottrina ha ipotizzato di introdurre per le altre ipotesi di pratiche sleali la possibilità per il consumatore di esercitare quelle prerogative negoziali la cui attuazione è stata pregiudicata dalla pratica aggressiva, insieme all'eventuale risarcimento del danno da questi subito.

In proposito, però, può osservarsi che non sembra possibile l'applicazione analogica delle norme che comminano la sanzione della nullità relativa dal momento che si fa riferimento a fattispecie tra loro eterogenee, difficilmente generalizzabili.³⁶ D'altronde non sembra neanche possibile riscontrare nel codice del consumo una convergenza delle sanzioni verso il rimedio della nullità, anzi l'apparato sanzionatorio emergente dal suddetto codice è piuttosto articolato, comprendendo tra gli altri anche i rimedi del recesso, della ripetizione dell'indebitato, della sottoposizione delle pretese del professionista a determinate *condicio iuris*.

Altra parte della dottrina, invece, ha prospettato l'applicabilità del rimedio dell'annullamento del contratto.

In particolare, è stato reputato possibile applicare in modo generalizzato la disciplina del dolo alle pratiche ingannevoli e quella della violenza alle pratiche aggressive³⁷.

evidente che qui non è materialmente possibile caducare il contratto solo in parte, quindi parlare di nullità parziale non avrebbe senso.

³⁵ DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2007, p. 62.

³⁶ In tal senso MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA* 2008, 309 ss.

³⁷ NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* In A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.: l'Autore afferma di escludere l'applicazione alle pratiche commerciali sleali della nullità di protezione perché, alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali sull'art. 1418 c.c., può affermarsi che "in nessun caso la violazione del divieto di pratiche commerciali

Si sostiene, infatti, che l'art. 6 della direttiva, il quale definisce ingannevoli le pratiche commerciali che contenendo informazioni false o non veritiere sono idonee ad ingannare il consumatore medio o, comunque, ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti peso, richiamerebbe la categoria del dolo determinante, mentre le fattispecie di cui all'art. 7 della direttiva sarebbero chiaramente riconducibili allo schema del dolo omissivo (c.d. reticenza), in relazione al quale la nostra giurisprudenza è costante nel ritenere che nel nostro sistema il semplice silenzio e la reticenza non siano di per sé sufficienti ad integrare il dolo ogni volta che si limitino a non contrastare la percezione della realtà dell'altro contraente, essendo necessario, affinché acquistino rilievo, che si inseriscano all'interno di un complesso di circostanze e comportamenti volti a determinare l'errore dell'altro contraente³⁸. La direttiva comunitaria svolgerebbe, quindi, una funzione pratica di semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento omissivo e dell'onere probatorio che grava sul consumatore, nel senso che, nell'ambito dei rapporti tra professionisti e consumatori, l'omissione dei contenuti informativi o l'attuazione di uno dei comportamenti omissivi che sono indicati dall'art. 7, commi 1 e 2, della direttiva devono considerarsi di per sé circostanze idonee ad alterare la scelta economica del consumatore, salva comunque la necessità di provarne la concreta efficacia ingannevole rispetto alla scelta economica di quel determinato consumatore.

sleali penetra nel contenuto del contratto attraverso uno dei suoi elementi costitutivi.” Infatti, ricorda l’Autore, come è stato recentemente dimostrato, il sistema dell’art. 1418 c.c. va letto unitariamente, inducendo a ritenere che solo la violazione di una norma imperativa che si traduca nella mancanza di un elemento essenziale, illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti e determinante del loro consenso, mancanza dei requisiti dell’oggetto, illiceità della condizione, consenta questa penetrazione della violazione all’interno del contenuto del contratto, determinandone l’illiceità. In proposito viene quindi richiamata la pronuncia della Cassazione 29 settembre 2005, n. 19024, secondo cui “la contrarietà a norme imperative considerata dall’art. 1418, comma 1, c.c. quale causa di nullità del contratto, postula (...) che essa attenga ad elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, c.2, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e (...) la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto”.

³⁸ Cfr. Cass. n. 9253/2006: "pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l'annullamento del contratto, tuttavia esso rileva a tal fine solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, realizzare l'inganno perseguito".

Analogo discorso può farsi per la disciplina delle pratiche commerciali aggressive contenute nell'art. 8 della direttiva la quale, invece, richiama la categoria della violenza.

In sintesi in caso di azioni ingannevoli e pratiche aggressive le fattispecie indicate agli art. 6 e 8 della direttiva sono considerate scorrette laddove se ne accerti l'efficacia determinante rispetto alla scelta economica di quel determinato consumatore, mentre quelle indicate nella lista nera dell'allegato 1 alla direttiva sono considerate in ogni caso sleali, con semplificazione del giudizio di rilevanza della pratica commerciale e, conseguentemente, dell'onere probatorio che grava sul consumatore.

Secondo altra dottrina, invece, la violazione della normativa sulle pratiche commerciali sleali avrebbe dovuto dare luogo ad una presunzione di annullabilità per dolo o violenza del contratto concluso in violazione del divieto con onere a carico del professionista di dare prova della concreta ininfluenza della pratica rispetto alla scelta negoziale del singolo consumatore.³⁹

In proposito si è sostenuto⁴⁰ che la direttiva tipizzando determinati comportamenti abbia attribuito loro autonoma rilevanza, così esonerando il consumatore, ai fini dell'annullamento del contratto per dolo o violenza, dall'onere della prova in merito alla rilevanza del comportamento nella sua sfera individuale, nonché in merito agli elementi configurativi dell'ingannevolezza o della violenza della condotta del professionista.

Tuttavia tale tesi non convince in quanto, come giustamente è stato rilevato da altra dottrina,⁴¹ il mero utilizzo di una pratica commerciale sleale non giustifica una presunzione assoluta circa l'efficacia determinante della pratica stessa sul consenso dell'altra parte. Appare cioè sempre necessario

³⁹ ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in "Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano", a cura di E. Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 22-23; NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità vizi del consenso?*, ivi, 238 ss.

⁴⁰ ROSSI CARLEO L., *ult. op. cit.*, 22, la quale inoltre ritiene che per le pratiche aggressive si debba porre il problema dell'eventuale estensione analogica della disciplina dettata per le vendite al di fuori dei locali commerciali di cui agli artt. 45 ss. del c. cons.

⁴¹ DI CATALDO V., *Conclusioni*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Cedam, Padova, 2008, p. 342.

provare in concreto l'incidenza positiva della pratica sleale sulla volontà del contraente ai fini dell'annullamento.

Allo stesso modo non appare condivisibile la scelta di distinguere in maniera netta e acritica tra pratiche ingannevoli e pratiche aggressive, applicando alle prime la disciplina del dolo ed alle seconde la disciplina sulla violenza.

A tale riguardo è stato osservato⁴², infatti, che non è possibile applicare la disciplina sulla violenza a tutti i casi di pratiche commerciali rientranti tra quelle "aggressive", come risulta evidente da alcuni esempi. Basti pensare alla fattispecie delineata dall'art. 26, lett. h), c. cons. in cui si legge che è in ogni caso aggressiva la pratica commerciale consistente nel lasciare "intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente sia subordinata a versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore". In tale ipotesi sembrerebbe più corretto applicare la disciplina del dolo che non quella della violenza.

Lo stesso può dirsi per l'ipotesi prevista dall'art. 26, lett d), c. cons. relativa alla pratica consistente nell'"imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali". Anche in tal caso la disciplina sulla violenza non sembra la più idonea, sembrando preferibile invocare piuttosto l'art. 1375 c.c., in materia di buona fede nell'esecuzione del contratto, o addirittura la disciplina in materia di inadempimento⁴³.

⁴² MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 447 ss.

⁴³ MAUGERI M.R., *op. ult. cit.*, 447 ss.

3. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel nostro ordinamento e i relativi rapporti con altre discipline con essa interferenti

In Italia il recepimento della direttiva 2005/29/CE è avvenuto in due fasi: prima con la l. 25 gennaio 2006, n. 29, la cosiddetta legge comunitaria 2005, con cui si è delegato al Governo di adottare, entro diciotto mesi, il decreto legislativo recante le norme di attuazione della direttiva; poi con il d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ha concretamente attuato la direttiva, modificando gli artt. 18-27 del d. lgs. 206/2005 (c.d. Codice del consumo).

Nel recepire la direttiva 2005/29/CE nel nostro ordinamento, il legislatore ha dovuto fare delle scelte di fondo particolarmente delicate⁴⁴.

In primo luogo ha dovuto stabilire se unificare la disciplina delle pratiche commerciali sleali con quella della pubblicità ingannevole e comparativa (attuativa della direttiva 84/450/CEE) in un testo normativo unitario, oppure mantenere distinte le due normative.⁴⁵ Il Governo ha optato per la seconda soluzione, con l'emanazione di due distinti decreti legislativi di attuazione della direttiva, nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007, motivando la propria scelta con la necessità di prevenire incertezze sui soggetti destinatari delle diverse ed autonome discipline, anche se è stato rilevato che non è stato comunque risolto

⁴⁴ DE CRISTOFARO G., *“Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. 142 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE”*, in *Studium Iuris*, 11/2007.

⁴⁵ La prima strada è stata seguita ad esempio in Danimarca e Svezia, Paesi che già prima dell'intervento degli organi comunitari avevano introdotto leggi generali sulle pratiche di mercato, applicabili a tutte le pratiche commerciali poste in essere da operatori economici pubblici e privati nell'esercizio delle rispettive attività imprenditoriali e rivolte a regolamentare tali pratiche in funzione della tutela degli imprenditori (concorrenti e destinatari delle pratiche), dei consumatori nonché dell'interesse pubblico ad un corretto funzionamento del mercato.

La stessa scelta è stata fatta in Austria, dove le disposizioni di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali e della direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa si trovano integrate in un'unica legge recante una disciplina “generale” della concorrenza sleale dettata a tutela sia degli interessi degli imprenditori che degli interessi dei consumatori; nello stesso senso si è mossa anche il legislatore francese.

In altri Paesi come il Belgio e la Grecia, invece, le disposizioni con le quali si è data attuazione alla direttiva 2005/29/CE, pur essendo state inserite all'interno dello stesso provvedimento contenente le norme di recepimento della direttiva CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, non sono state integrate e “fuse” con queste ultime, per cui le due discipline, anche se coordinate, sono rimaste separate ed autonome l'una rispetto all'altra.

In altri Stati come Irlanda, Portogallo, Polonia, Lituania, Cipro, Ungheria e Regno Unito, infine, le discipline di recepimento delle due direttive sono state addirittura affidate a due provvedimenti normativi distinti, non sempre fra loro adeguatamente coordinati.

in maniera adeguata la fondamentale questione del coordinamento tra la disciplina generale della pubblicità ingannevole e quella speciale delle pratiche commerciali ingannevoli.

A tale riguardo va osservato che, come vedremo meglio in seguito, il difficile compito di coordinare la disciplina delle pratiche commerciali fra professionisti e consumatori da un lato, con il regime normativo generale della pubblicità nonché con i provvedimenti normativi recanti una disciplina generale della concorrenza sleale e/o della tutela dei consumatori eventualmente già esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, è stato assolto dai vari legislatori nazionali attraverso scelte diverse ed estremamente varie.

In secondo luogo era necessario individuare la collocazione più adeguata per le due normative separate, dovendosi decidere, in particolare, dove inserire la disciplina in tema di pubblicità ingannevole, essendo evidente che la disciplina sulle pratiche commerciali fosse destinata all'inserimento nel codice del consumo. A tal proposito il nostro legislatore ha deciso di recepire la disciplina sulla pubblicità in un provvedimento autonomo e separato, il d. lgs. 145/2007, e di inserire l'altra disciplina, sulle pratiche commerciali sleali, nel codice del consumo, proprio nella Parte II del Titolo III, che prima ospitava le norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

Tale scelta è stata oggetto di critiche in dottrina, essendo stata ritenuta poco felice⁴⁶ se non addirittura “errata e fuorviante”.⁴⁷

⁴⁶ Cfr. BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 267 ss., il quale afferma che la collocazione sistematica delle norme di recepimento “non è certo la più felice”, aggiungendo però che una diversa collocazione avrebbe esposto al “rischio di appiattare la disciplina di recepimento all'interno di quella contrattuale”.

⁴⁷ Cfr. DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, 2008, p. 75, il quale definisce la scelta del legislatore in sede di recepimento appunto “errata e fuorviante perché incoerente con i restanti contenuti della Parte II del codice del consumo, la quale impone ai professionisti un insieme di regole di condotta che attengono esclusivamente alla fase che precede la (possibile) stipulazione di contratti con consumatori, laddove per contro le disposizioni attuative degli artt. 2-13 della direttiva 2005/29/Ce si applicano a qualsiasi pratica commerciale posta in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali intercorrenti tra professionisti e consumatori.” L'Autore ritiene peraltro che la scelta di tale collocazione sia stata influenzata in modo determinante dall'opzione sistematica di fondo compiuta dal nostro legislatore, il quale ha accolto una visione ed una lettura fondamentalmente “pubblicistica”

In ogni caso l'art. 1, d. lgs. 146/2007 ha integralmente sostituito i contenuti del Titolo III della Parte II del codice del consumo, che si compone ora di tre Capi: il primo intitolato "Disposizioni generali", composto dagli artt. 18 e 19, contiene una serie di definizioni ed individua l'ambito di applicazione e la portata della nuova disciplina, definendone i rapporti con le altre discipline e confermandone la natura sussidiaria, come si evince dal comma 3 dell'art. 19; il secondo, intitolato "Pratiche commerciali scorrette", composto dagli artt. 20-26, reca le disposizioni attuative degli artt. 5-9 della direttiva, riproducendo in maniera quasi pedissequa il contenuto del suo Allegato 1; il terzo, intitolato "Applicazione", composto dagli artt. 27-27 *quater*, contiene infine le norme di recepimento degli artt. 10-13 della direttiva 2005/29/Ce, mentre la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, ora non più applicabile ai consumatori, è stata espunta dal codice del consumo, modificata affinché fosse compatibile con il testo comunitario ed è confluita nel d. lgs. 145 del 2007, il quale disciplina la materia della pubblicità ingannevole limitatamente ai rapporti tra professionisti.

In seguito alle modifiche apportate, in esecuzione della direttiva 2005/29/CE, al codice del consumo, emerge la trasformazione dello stesso, rispetto alla sua versione previgente, in un *corpus* normativo non esaustivo, ma sufficientemente organico, concernente le disposizioni relative a tutte le varie fasi rinvenibili nel "rapporto di consumo", compreso il momento della presa di contatto del consumatore con il professionista e quello successivo all'acquisto vero e proprio del prodotto, come previsto dagli artt. 3, lett. e) e 18 c. cons.⁴⁸

Dunque la nuova fattispecie di pratica commerciale scorretta non va a sostituirsi alla nozione di pubblicità ingannevole, ma piuttosto la assorbe,

della disciplina comunitaria delle pratiche commerciali sleali, ignorando le conseguenze privatistiche che tale disciplina è destinata ad avere. In effetti, a ben vedere, la Parte II del codice del consumo dispone una serie di precetti di comportamento per la cui violazione sono espressamente previste solo sanzioni amministrative pecuniarie, mentre, viceversa, la Parte III del codice del consumo, pur contenendo anche disposizioni che comminano sanzioni amministrative pecuniarie, presenta anche un insieme di norme di natura eminentemente privatistica.

⁴⁸ Cfr. ANGELINI R., in *Codice del consumo sub art. 18*, II edizione, a cura di Cuffaro V., Giuffrè, Milano, ed. 2008, 95.

ampliando l'ambito di tutela del consumatore⁴⁹, dal momento che nella definizione generale di pratica commerciale è compresa anche la pubblicità, e ad essa si aggiunge per quanto riguarda la puntuale identificazione delle pratiche commerciali scorrette⁵⁰.

Nessuna innovazione è stata apportata, invece, a provvedimenti, diversi dal codice del consumo, già vigenti nel nostro ordinamento potenzialmente suscettibili di interferire con la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ed in particolare alla disciplina "generale" della concorrenza sleale contenuta nel codice civile, alla legge sul diritto d'autore (l. n. 633 del 22 aprile 1941), o al codice della proprietà industriale (d. lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005), né sono state inserite nelle suddette normative o nel codice del consumo apposite disposizioni di coordinamento e raccordo.

Naturalmente questo non vuol dire che le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori saranno ormai sottratte alle normative contenute nei citati provvedimenti normativi. Al contrario, tali discipline continueranno a trovare piena applicazione, come espressamente previsto dal comma 15 dell'art. 27, c. cons., ai sensi del quale è fatta comunque salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 c.c., nonché di atti compiuti in violazione del diritto d'autore, dei marchi d'impresa, delle denominazioni d'origine riconosciute protette in Italia e di altri segni distintivi tutelati.

Di conseguenza, una pratica commerciale posta in essere da un imprenditore nei confronti di consumatori che sia sussumibile nella nozione di "atto di concorrenza" a norma dell'art. 2598 c.c.⁵¹, potrà e dovrà continuare ad

⁴⁹ PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. Informazione e informativa*, 1/2008, p. 1; PARTISANI R., *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. Civ. prev.*, 2/2008, p. 480; CIMINO A., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, tomo I, p. 184, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio.

⁵⁰ STAZI A., *Pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive*, in *Diritto e pratica delle società*, 5/2010, 15.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 2598 c.c., "compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si

essere qualificata come “atto di concorrenza sleale” ogni qual volta rientri in una delle fattispecie individuate dall’art. 2598 c.c. Perciò, in questi casi, qualora la condotta integrante un atto di concorrenza sleale sia anche riconducibile alla nozione di “pratica commerciale scorretta” ai sensi dell’art. 20 c. cons., l’imprenditore potrà essere convenuto davanti al giudice ordinario con un’azione inibitoria promossa da un concorrente, da un’associazione di professionisti o da una camera di commercio a norma degli artt. 2599 e 2601 c.c., nonché con un’azione risarcitoria esperita *ex art.* 2600 c.c. da un concorrente che ritenga di essere stato danneggiato dalla pratica commerciale scorretta posta in essere per promuovere beni o servizi offerti a consumatori, oltre che davanti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato nell’ambito del procedimento di cui all’art. 27 c. cons. e davanti all’autorità giudiziaria ordinaria con l’azione inibitoria collettiva promossa dalle associazioni dei consumatori a norma dell’art. 140 c. cons.⁵².

Resta comunque poco chiaro il rapporto fra le nuove disposizioni in tema di pratiche commerciali sleali di cui agli artt. 18 ss. del c. cons. e le previgenti discipline con essere interferenti.

Ciò in quanto il nostro legislatore ha riprodotto in maniera sostanzialmente acritica e pedissequa, nei commi 2-4 dell’art. 19 c. cons., una parte delle disposizioni di coordinamento contenute nell’art. 3 della direttiva, già esaminato nel §1 del presente capitolo, senza in alcun modo tentare di colmare le lacune presenti nella corrispondente normativa comunitaria nonché senza provvedere ad alcuna forma di adattamento alle specifiche peculiarità dell’ordinamento italiano⁵³.

appropria di pregi dei prodotti o dell’impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda.”

⁵² In tal senso in dottrina si è espresso DE CRISTOFARO G., *L’attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell’ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, 2008, p. 78-79.

⁵³ Tale scelta del legislatore italiano non è rimasta scevra da critiche da parte della dottrina, in quanto è stato evidenziato che l’espressione “la presente direttiva non pregiudica...”, ripresa dal nostro legislatore all’art. 19 c. cons., se poteva avere un senso usata dal legislatore comunitario nell’ambito di un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali, appare del tutto “inadeguata e fuorviante” all’interno di una normativa nazionale di recepimento. In tal senso si è espresso in dottrina DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p.79.

Infatti, nei commi 2-4 dell'art. 19 del c. cons. si legge che la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette “non pregiudica” né interferisce con le norme di rango comunitario o nazionale attinenti: a) il diritto dei contratti, specie con riferimento ai precetti relativi alla formazione, validità ed efficacia del contratto; b) la salute e la sicurezza dei prodotti;⁵⁴ c) i criteri di determinazione della competenza giurisdizionale, al momento contenuti per quanto concerne gli atti di concorrenza sleale nel recente reg. n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. “Roma II”)⁵⁵; d) la libertà di stabilimento e le procedure di autorizzazione all'esercizio delle attività di impresa o di professione intellettuale, e in generale tutte le altre regole previste per le professioni protette. Ed infine, estranei alla disciplina in esame restano anche le norme sulla certificazione ed indicazione del titolo degli oggetti in metallo prezioso⁵⁶.

In proposito è stato osservato⁵⁷ che l'elenco, contenuto nel comma 2 dell'art. 19, delle disposizioni delle quali gli artt. 18 ss. non pregiudicano l'applicazione, non è completo.

Infatti, oltre alle disposizioni espressamente indicate nel c. 2 art. 19 c. cons., la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette *non pregiudica* l'applicazione: delle norme comunitarie relative alle attività legate all'azzardo (*considerando* n.9, seconda proposizione, della direttiva) e delle relative norme nazionali di attuazione; delle norme comunitarie in materia di

⁵⁴ La disposizione è conforme alla definizione di pratica commerciale prevista dall'art. 20 del codice del consumo che si riferisce espressamente alle pratiche commerciali realizzate in violazione degli interessi di natura patrimoniale del consumatore, dal cui ambito resta, quindi, esclusa la violazione del diritto alla salute o alla sicurezza.

⁵⁵ LUCCHESI F., *Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità* sub art. 19, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, p. 26-27, evidenzia come da tale disposizione si evinca che, abbandonata l'idea contenuta nel progetto originario di inserire nel testo della direttiva 2005/29/CE il principio del “Paese d'origine”, esulano dall'ambito di applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette le “disposizioni normative che determinano la competenza giurisdizionale, con la conseguenza che in presenza di elementi di estraneità nelle fattispecie delle pratiche commerciali scorrette, al fine di determinare la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sarà necessario fare riferimento al Regolamento CE 44/2001. Occorrerà, inoltre, verificare quanto dispone la l. 218/1995 per individuare la legge nazionale applicabile.

⁵⁶ Per “*titolo*” deve intendersi il grado di purezza del metallo prezioso, espresso in millesimi, contenuto in un oggetto, la cui disciplina è oggi inserita nel d. lg. n. 251/1999 e nel rispettivo regolamento di attuazione rappresentato dal D.P.R. 150/2002.

⁵⁷ DE CRISTOFARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 19, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Cedam, 2010, 131.

concorrenza (*antitrust*) e delle relative norme nazionali di attuazione (*considerando 9*, seconda proposizione, della direttiva) e cioè le norme contenute nella l. 287/1990; delle norme comunitarie e nazionali relative ai diritti di proprietà intellettuale (*considerando 9*, seconda proposizione, della direttiva) e, segnatamente, per l'ordinamento italiano, la l. 633/1941, in materia di diritto d'autore, cui può aggiungersi il d. lgs. 30/2005, recante il codice della proprietà industriale (cfr. anche il c. 15 dell'art. 27 c. cons.).

Inoltre, il comma 3 dell'art. 19 c. cons., ha riprodotto il contenuto del comma 4 dell'art. 3 della direttiva, realizzando una sorta di compromesso con riferimento ai rapporti tra la disciplina "generale" delle pratiche commerciali scorrette e altre discipline normative interne, di derivazione comunitaria e non, che con essa interferiscono.

Secondo tale norma dell'art. 19, c.3, c. cons.,⁵⁸ la disciplina delle pratiche commerciali scorrette trova applicazione nella misura in cui non sussista una diversa disposizione comunitaria, o nazionale di derivazione comunitaria, che disciplini un aspetto specifico della pratica, altrimenti si applicherà con preferenza tale disposizione, anche se limitatamente alla regolamentazione dell'aspetto specifico considerato.⁵⁹

Viceversa, per quanto concerne il rapporto tra gli artt. 18 ss c. cons. e la normativa interna non attuativa di direttive comunitarie che regolamentano aspetti specifici di determinate pratiche commerciali, nel silenzio del

⁵⁸ Cfr. l'art. 19 c. 3 c. cons. ai sensi del quale "in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici".

⁵⁹ Un esempio di tale possibile contrasto con riferimento a norme nazionali di fonte comunitaria, si può ravvisare nella disciplina della "pubblicità dei prodotti assicurativi" contenuta nel Titolo XIII, Capo I, del d.l. n. 209/2005, recante il "codice delle assicurazioni private". Qui la pubblicità dei prodotti assicurativi, che sia svolta direttamente all'impresa di assicurazione o autonomamente da un intermediario, deve rispettare non solo il principio della correttezza, tipico della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ma anche quelli peculiari della trasparenza e della conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti si riferiscono (art. 182 d.l. n. 209/2005).

In tal caso, inoltre, i possibili profili di contrasto non riguardano solo la disciplina di diritto sostanziale ma si estendono anche ai ruoli ed alle competenze delle diverse autorità indipendenti preposte alla vigilanza del mercato, ed in particolare in tal caso dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) e dell'AGCM.

Dunque queste autorità potranno essere chiamate a coordinare, in caso di applicazione concreta della disciplina in commento, i proprio interventi, soprattutto nel caso in cui la pratica commerciale violata sia di tipo complesso e contemplici sia la fattispecie disciplinata dal codice delle assicurazioni private, sia quella del codice del consumo.

legislatore sul punto la dottrina⁶⁰ ritiene che gli eventuali conflitti debbano essere risolti dando sempre e comunque la prevalenza alle norme del codice del consumo concernenti le pratiche commerciali scorrette, data la natura “completa” dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita dalla direttiva 2005/29/Ce alla quale tali norme danno attuazione.

L’adozione di tale soluzione rende necessaria una rilettura delle disposizioni “speciali” già vigenti nel nostro ordinamento in senso conforme al diritto comunitario, interpretandole ed applicandole in modo tale da renderle compatibili con la direttiva 2005/29/CE.

Tale soluzione risulta supportata anche dalla Corte di Giustizia che si è pronunciata chiaramente in tal senso in diverse recenti pronunce.⁶¹

Non è chiaro, poi, per quale motivo il legislatore abbia preferito sostituire l’aggettivo “scorrette” all’aggettivo “sleali”, che si trovava nella versione italiana del testo della direttiva.⁶²

Si è ritenuto in dottrina⁶³ che tale soluzione possa essere dovuta alla volontà del legislatore di evidenziare anche a livello lessicale la diversità di *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione delle nuove disposizioni attuative della direttiva 2005/29/Ce rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 ss. c.c. Dunque, l’aver scelto un

⁶⁰ DE CRISTORARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 19, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Cedam, Padova, 2010, p.135 ss.

⁶¹ Cfr. sent. CG del 23-4-2009 C-261//07 e C- 299/07, *Galatea e VTB*, e sent. CG del 14-1-2010, in C- 304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*.

⁶² È noto che il legislatore comunitario ha voluto separare l’ambito di disciplina dei rapporti tra imprese e consumatori (c.d. “*B to C*”) da quello relativo ai rapporti tra concorrenti (“*B to B*”), come si evince anche dal *considerando* 6 della direttiva, secondo il quale la direttiva “lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un’operazione tra professionisti”. Tuttavia, lo stesso legislatore comunitario ha dovuto riconoscere che numerose fattispecie di pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori sono intrinsecamente lesive anche degli interessi delle imprese concorrenti, tanto che la stessa Direttiva ammette che tutelando in via diretta gli interessi economici dei consumatori, si tutelano “indirettamente” le attività legittime di impresa da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettino le regole, così garantendo anche una concorrenza leale (*considerando* 8). Perciò è stato osservato dalla dottrina (cfr. in tal senso INCARDONA Rossella, *La direttiva n.2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto Comunitario*, 2006 p. 361ss., precisa che la Direttiva in esame sembra comportare “una nuova frammentazione a discapito dell’organicità della disciplina, dell’economia dei giudizi e dell’effettiva tutela di tutte le parti che possano essere interessate alla lealtà delle pratiche commerciali, compiendo dunque un passo indietro rispetto alla Direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

⁶³ BARTOLOMUCCI P., *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 274.

aggettivo diverso per qualificare le pratiche commerciali sembra avere lo scopo, condivisibile, di non interferire con la disciplina della concorrenza sleale tra imprese, di cui all'art. 2598 c.c.

Tuttavia, se davvero è stato questo lo scopo perseguito dal legislatore, non si può dire che la scelta sia caduta sul termine più adatto a realizzarlo, sia perché a norma dell'art. 2598 n. 3 c.c., la concorrenza sleale consiste proprio nell'avvalersi di mezzi non conformi ai "principi della correttezza professionale" e idonei a danneggiare l'altrui azienda, sia perché all'interno del codice del consumo le espressioni "lealtà" e "correttezza" vengono usate entrambe unitamente alla nozione di "buona fede" (oggettiva), non sembrando possibile e ragionevole attribuire alle due espressioni significati e portata non interamente corrispondenti a quelli propri dell'altra. Perciò, non sembra possibile riconnettere a tale sostituzione di "sleali" con "scorrette" ripercussioni o conseguenze di qualsiasi rilievo, né ai fini della ricostruzione e dell'inquadramento sistematico del nuovo *corpus* normativo, né ai fini dell'interpretazione delle singole disposizioni che lo compongono⁶⁴.

Comunque, in generale, le due diverse discipline, della concorrenza sleale tra imprese, di cui all'art. 2598 c.c., e delle pratiche commerciali sleali/scorrette, sono difficilmente sovrapponibili, sia per collocazione, codice civile l'una e codice del consumo l'altra, che per i destinatari, le imprese nei loro rapporti concorrenziali da un lato e i professionisti, di cui le imprese costituiscono una *species*, ed i consumatori nell'ambito delle loro relazioni commerciali dall'altro.

Tale distinzione è, peraltro, evidenziata anche nell'art. 27, comma 15, c. cons., che nella nuova formulazione stabilisce che "È comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile...".

A ciò devono aggiungersi alcune considerazioni di carattere lessicale, in quanto sembra che la traduzione del termine *unfair* presente nella versione del testo ufficiale della direttiva, possa essere correttamente tradotto con "sleali"

⁶⁴ Cfr. sul punto DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, 2008, p. 125 ss.

proprio com'era stato nella versione italiana del testo comunitario e come è confermato dall'ulteriore versione della direttiva nell'altra lingua ufficiale, il francese, che le definisce, appunto, *déloyales* o anche nel testo spagnolo che definisce le pratiche come *disleales*⁶⁵.

Si tratta, dunque, di una mera questione terminologica, alla quale non sembra doversi dare un eccessivo rilievo.

4. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina

L'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette va definito sulla base degli artt. 18 e 19 del codice del consumo, dai quali emerge in via generale che ricadono nell'ambito di applicazione di detta normativa le condotte ingannevoli o aggressive che siano contrarie alla diligenza professionale, intesa come il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori si aspettano siano posti in essere da un professionista nei loro confronti, rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista, nonché che falsino o siano idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che esse raggiungono o al quale sono dirette.

In particolare, il titolo III della parte II c. cons., dedicato alle "pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali", prende avvio dalle definizioni dell'art. 18 c. cons.,⁶⁶ che sostanzialmente riproducono nel nostro ordinamento il contenuto dell'art. 2 della direttiva 2005/29/CE.

⁶⁵ BARTOLOMUCCI P., *op. ult. cit.*, p. 274-275.

⁶⁶ **Art. 18. c. consumo: "Definizioni** 1. Ai fini del presente titolo, si intende per:

- a) "consumatore": qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;
- b) "professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista;
- c) "prodotto": qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni;
- d) "pratiche commerciali tra professionisti e consumatori" (di seguito denominate: "pratiche commerciali"): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere

Il nostro legislatore, con l'introduzione di un articolo dedicato alle definizioni, che riprende lo schema adottato dalla direttiva, utilizza una tecnica ormai consueta nella nuova legislazione, funzionale ad una delimitazione il più possibile precisa del campo di applicazione soggettivo ed oggettivo della disciplina, e favorisce l'individuazione della fattispecie giuridicamente rilevanti.

Inoltre, il legislatore italiano, seguendo una prassi consolidata del legislatore europeo, utilizza nell'art. 18 c. cons. termini e locuzioni già uniformi nella dinamica degli affari, e dunque mutuati da altre discipline, determinando in tal modo un mutamento della nostra cultura giuridica, inizialmente distante dalla contaminazione con categorie economico-sociali.⁶⁷

da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

e) "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori": l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso;

f) "codice di condotta": un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici;

g) "responsabile del codice": qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta ovvero del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo;

h) "diligenza professionale": 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 di buona fede nel settore di attività del professionista;

i) "invito all'acquisto": una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto;

l) "indebito condizionamento": 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;

m) "decisione di natura commerciale": la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla;

n) "professione regolamentata": attività professionale, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, è subordinata direttamente o indirettamente, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali."

⁶⁷ Cfr. in proposito ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini – L. Rossi Carleo, p. 17, la quale aggiunge che "Si ha (...) l'impressione che, nell'attesa di promuovere l'elaborazione di una terminologia giuridica

Passando all'esame delle definizioni contenute all'art. 18 c. cons., la nozione di “**consumatore**” riprende quella riportata da numerose direttive comunitarie volte alla tutela dei rapporti di consumo, tra le quali appunto quella prevista dallo stesso art. 2 lett. a) della direttiva 2005/29/CE.

Essa ricalca quella generale di cui all'art. 3 c. cons.⁶⁸ definendo il consumatore come qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del generale divieto introdotto dalla direttiva 2005/29/CE, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Viene così superata la definizione prevista *ad hoc* per la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa dal previgente testo dell'art. 18, la quale riferiva la nozione di consumatore anche alla “persona giuridica” cui le comunicazioni fossero dirette.

Infatti, nonostante la pubblicità ingannevole integri una specie del *genus* delle pratiche commerciali scorrette, la nuova disciplina, pur non pregiudicando la tutela garantita dal d. lgs. 2.8.2007 n. 145, vuole porsi in

uniforme, il legislatore europeo abbia privilegiato una scelta funzionale, ricorrendo all'uso di termini e locuzioni già, per così dire, uniformi nella dinamica degli affari”.

⁶⁸ Cfr. art.3 c. cons.:

“**Definizioni** 1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per:

- a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;
- b) associazioni dei consumatori e degli utenti: le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti;
- c) professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario;
- d) produttore: fatto salvo quanto stabilito nell'art. 103, comma 1, lettera d), e nell'articolo 115, comma 2-bis il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo;
- e) prodotto: fatto salvo quanto stabilito nell'art. 18, comma 1, lettera c), e nell'art. 115, comma 1, qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo; tale definizione non si applica ai prodotti usati, forniti come pezzi d'antiquariato, o come prodotti da riparare o da rimettere a nuovo prima dell'utilizzazione, purché il fornitore ne informi per iscritto la persona cui fornisce il prodotto;
- f) codice: il presente decreto legislativo di riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.”

netta discontinuità⁶⁹ con la previgente disciplina della pubblicità commerciale, che nell'originario art. 18, c.3 c. cons. definiva il consumatore (o utente) come la "persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze".

Si reputa consumatore, dunque, qualunque soggetto possa essere, direttamente o indirettamente, potenzialmente pregiudicato nel proprio comportamento economico o nella libertà di autodeterminazione dalla pratica commerciale sleale.

Un rilevante elemento di novità può ravvisarsi nelle aggettivazioni dell'attività estranea al fine della contrattazione del consumatore, la quale non è genericamente "imprenditoriale" ma, specificatamente, "commerciale", "industriale" o "artigianale".

Tale integrazione chiaramente non ha valenza meramente formale ma comporta la conseguenza pratica di consentire una più precisa delimitazione del campo di applicazione soggettiva della norma, come dimostrano le questioni di illegittimità costituzionale sollevati in precedenza in relazione all'art. 1469 *bis* c.c., nella parte in cui non avrebbe equiparato l'artigiano al consumatore, con riferimento agli artt. 3, 25 c.1 e 41 della Costituzione.⁷⁰

Passando poi alla nozione di "**professionista**", destinatario del divieto di pratiche commerciali scorrette, anch'essa riprende la definizione di cui all'art. 2, lett. *b*) della direttiva 2005/29/CE, intendendosi per professionista qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali agisca nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nonché chiunque agisca in nome o per conto di un professionista.

È professionista, quindi, *qualsiasi* persona giuridica, a prescindere dallo scopo ideale o lucrativo dell'ente contraente, ovvero dalla sua qualificazione pubblica o privata, purché il contratto sia concluso per uno scopo connesso all'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o

⁶⁹ Cfr. PARTISANI R., in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da Franzoni M., Utet giuridica, 2008, *sub art.18*, p. 68 ss.

⁷⁰ Vedi C. Cost. n. 469 del 22/11/2002.

professionale, la stessa nell'esercizio della quale è diffuso il messaggio pubblicitario dell'art. 2, d. lgs. 145/2007.⁷¹

Tale definizione è speculare anche rispetto a quella generale di cui all'art. 3, lett. c) del codice del consumo, con l'unica differenza relativa al ricorso all'espressione "chiunque agisce in luogo o per conto" al posto del riferimento alla figura dell'intermediario. A tale riguardo è stato osservato come l'uso della disgiuntiva "o" tra le espressioni "in nome" e "per conto" comporterebbe che la disposizione possa essere riferita sia a chi agisca in rappresentanza del professionista che a chi operi a vario titolo nel suo interesse⁷².

La nuova definizione, perciò, amplia l'area di operatività del divieto di pratiche commerciali sleali, rendendone destinatari gli ausiliari del professionista in senso lato, e quindi gli agenti, i rappresentanti, le società di marketing e, più in generale, tutti coloro che a diverso titolo operano nell'interesse del professionista stesso.

5. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina

Da un punto di vista oggettivo, la normativa in tema di pratiche commerciali sleali ha notevolmente ampliato le tutele dei consumatori⁷³, ora

⁷¹ PARTISANI R., in *Codice ipertestuale del consumo*, op. cit., p. 68.

⁷² DI NELLA L., "Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive" in *Contratto e impresa - Europa*, 2007, 46.

⁷³ Art. 19 c. 1, c. cons.: **Ambito di applicazione**

"1. Il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

2. Il presente titolo non pregiudica:

a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto;
b) l'applicazione delle disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti;
c) l'applicazione delle disposizioni normative che determinano la competenza giurisdizionale;
d) l'applicazione delle disposizioni normative relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale.

3. In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici.

protetti non più semplicemente da messaggi pubblicitari ingannevoli o da illecite pubblicità comparative, ma da qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, realizzata da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori⁷⁴.

Si tratta di una definizione molto ampia, mutuata da quella dell'art. 2, lett. d), della direttiva, nella quale, come vedremo, sono da ritenersi comprese sia dichiarazioni, sia comportamenti materiali.

In particolare con riferimento alla nozione di “**comunicazione commerciale**”, si è precisato che con tale espressione “si intende generalmente tutto quel complesso di strumenti di cui si avvale un'azienda per immettere un bene o un prodotto sul mercato finale e in tal senso esso, dunque, comprende sia la funzione propriamente commerciale, cioè le vendite, sia in generale tutte le attività di marketing, nelle quali rientra la pubblicità stessa”.⁷⁵

Molto ampia è, poi, la portata della definizione di “**prodotto**”, la quale ricalca quella di cui all'art. 2, lett. c) della Direttiva 2005/29/CE, mentre si differenzia da quella generale di cui all'art. 3, lett. e), c. cons. sotto due profili: innanzitutto la definizione in commento non precisa, a differenza di quella generale, che il prodotto debba essere *destinato al consumatore o suscettibile di essere utilizzato* da costui; ed in secondo luogo, la definizione in esame fa espresso riferimento, anche qui diversamente da quella generale, alla natura giuridica dei prodotti (beni, servizi, immobili, diritti e obbligazioni)⁷⁶.

4. Il presente titolo non e' applicabile in materia di certificazione e di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi.”

⁷⁴ PARTISANI Renato, in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da Franzoni M., Utet giuridica, 2008, art.18.

⁷⁵ In tal senso MAGNO M. L., in *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 107-109, che evidenzia come “La comunicazione commerciale o di marketing che dir si voglia, viene attuata attraverso una serie di strumenti tra i quali in primo luogo la pubblicità, la promozione e la rete vendite. In particolare, si assiste in questi ultimi anni ad un utilizzo composito di questi strumenti: basti pensare alle pubblicità dei gestori di telefonia mobile dove accanto alla pubblicità del prodotto, ad esempio un telefono cellulare, sono associate una serie di promozioni, come sconti sul traffico telefonico, volte ad indurre il consumatore all'acquisto nella convinzione di compiere un'operazione economicamente vantaggiosa”.

⁷⁶ BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di “pratica commerciale”*, in A.A.V.V., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, 2007, p. 99.

Essa include, infatti, accanto alle cose mobili corporali, anche beni immobili, diritti e beni immateriali, e anche i servizi, i quali sono, invece, normalmente distinti dai prodotti.

Per quanto concerne la natura del bene o servizio dovrebbe trattarsi chiaramente di un bene che, per le sue caratteristiche intrinseche o per le modalità dell'offerta, sia suscettibile di un uso "privato" e quindi di acquisto da parte di un consumatore persona fisica, a prescindere dal fatto che il prodotto possa essere utilizzato anche in un'attività imprenditoriale o professionale⁷⁷.

Altrettanto estesa è la nozione di "**pratica commerciale**", essendo riferita a qualunque condotta posta in essere da un professionista che sia "in relazione" con la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto.

Anche tale definizione è mutuata dall'art. 2, lett. d), della Direttiva, ma il legislatore italiano, a differenza di quello comunitario, ha omesso di indicare la circostanza che le pratiche debbano essere "direttamente connesse" alla promozione, vendita o fornitura del prodotto come invece richiesto dalla direttiva, utilizzando invece l'espressione "in relazione".

Secondo la dottrina, tale scelta del legislatore italiano sarebbe dovuta alla volontà di estendere la disciplina a tutte le attività che, pur esulando dalla tipica promozione del prodotto, comunque risultino suscettibili di influire sulle scelte di mercato del consumatore condizionandone la capacità di autodeterminazione riguardo ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto.⁷⁸

Tuttavia, è stato giustamente rilevato che l'inclusione indiscriminata nell'ambito di applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette di tutte le condotte imprenditoriali rivolte solo in via mediata a promuovere la conclusione di contratti fra professionisti e consumatori sarebbe incompatibile con la natura completa dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita dalla direttiva, per cui è possibile stabilire se una

⁷⁷ Così DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in A.A.V.V., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 9.

⁷⁸ ROSSI CARLEO L., *Definizioni, sub art. 18, comma 1, lett. e)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, p. 57.

determinata condotta tenuta dal professionista ricada o meno nella nozione di pratica commerciale, soltanto alla luce del tenore e della *ratio* della direttiva.

È, invece, irrilevante quali caratteristiche debba assumere la condotta tenuta dal professionista potendo consistere non solo in dichiarazioni, negoziali e non, ma anche in atti puramente materiali o in mere omissioni.

Quanto ai caratteri oggettivi della pratica, come vedremo meglio in seguito, i comportamenti sono vietati, ai sensi dell'art. 20 c. cons., se, oltre a contrastare con i canoni della diligenza professionale, sono idonei a *falsare* il *comportamento economico*, in relazione al prodotto, del consumatore medio.

Di conseguenza non sono rilevanti gli interessi di carattere non patrimoniale eventualmente lesi dalla pratica (ad es. la salute e la sicurezza dei prodotti o la quiete e la riservatezza in caso di comunicazioni commerciali indesiderate).

Può trattarsi di condotte “seriali”, cioè di condotte ripetute in più occasioni, come ad esempio un messaggio pubblicitario rivolto al pubblico ripetutamente fatto trasmettere in televisione, oppure nei confronti di una pluralità di persone fisiche, come ad esempio i *depliant* pubblicitari inviati presso il domicilio dei consumatori o alle comunicazioni inviate via mail ai consumatori inseriti nella *mailing list* del professionista.

Secondo una parte della dottrina potrebbe trattarsi anche di condotte tenute *una tantum* nei confronti della generalità o anche solo di un singolo consumatore, in relazione ad un isolato rapporto contrattuale, da instaurarsi o già instaurato⁷⁹.

Altra dottrina, invece, rileva come, mentre è condivisibile affermare che una pratica possa essere qualificata illecita ed inibita anche se accertata quando è ancora al livello degli atti preparatori, potendosi ciò ritenere, anzi, una regola generale nel diritto della concorrenza, non è possibile ritenere che un comportamento sporadico sia già una “pratica”. Secondo tale dottrina, infatti, essendo la *ratio* della direttiva europea in materia di pratiche commerciali la correzione di distorsioni del mercato, costituite da comportamenti lesivi della libertà di scelta dei consumatori, le pratiche lesive

⁷⁹ Cfr. DE CRISTOFARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, CEDAM, 2010, 123.

devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile, e dunque superare una sorta di soglia *de minimis*, per giustificare l'intervento dell'autorità amministrativa. Un comportamento di mercato del tutto occasionale, o addirittura eccezionale, non sarebbe, invece, in grado di alterare in modo apprezzabile il comportamento di un consumatore, come richiesto dalla norma⁸⁰.

Anche in giurisprudenza sembra esservi un contrasto su tale punto.⁸¹

Sono poi irrilevanti il contenuto, la causa e l'oggetto del contratto, cui la pratica commerciale è correlata, potendo trattarsi di qualsiasi contratto avente ad oggetto almeno una prestazione di dare o fare destinata ad essere eseguita a

⁸⁰ LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette* in *Giurisprudenza commentata* 5/2009 - Parte seconda, 881-882, il quale a sostegno della sua tesi aggiunge anche un indice testuale, ravvisato nell'art. 57 c. cons., riferito alle forniture non richieste. Secondo l'Autore, tale norma stabilendo che "ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. ecc." sembrerebbe sottolineare che, con riferimento a quella particolare fattispecie, ogni singolo episodio è considerato meritevole di autonoma sanzione. Ciò, *a contrario*, indurrebbe a ritenere che, in relazione alle pratiche, i singoli episodi, come tali non siano rilevanti, se non costituiscono espressione di un comportamento ricorrente e tipico (anche se non necessariamente continuativo) dell'impresa, come tale qualificabile come "pratica". Ed ancora "l'accertamento dell'illecito amministrativo non dovrebbe dunque mai prescindere dal profilo dell'effettiva rilevanza sociale del comportamento, secondo quanto affermato nella sentenza 3692" del T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 6 aprile 2009.

⁸¹ Infatti, il T.A.R. ha dato due interpretazioni contrastanti in ordine alla definizione della fattispecie "pratica commerciale" in quanto, in un noto caso relativo ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui, ha sostenuto che può assumere rilievo di pratica commerciale soltanto una condotta reiteratamente posta in essere dal professionista con carattere di apprezzabile omogeneità, mentre in un altro caso, deciso nello stesso periodo, relativo ad attivazioni non richieste di servizi da parte di Enel Energia, ha sostenuto l'esatto contrario.

Si veda in proposito T.A.R. Roma - Lazio, sez. I, 28-1-2009, n. 5692 *Intesa San Paolo SPA c. AGCM* in cui si legge che "La mancata dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati da singole filiali, esclude che essi possano *ex se* assurgere al rilievo di "pratica", ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dal professionista con carattere di apprezzabile omogeneità" e T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, in cui, viceversa, si afferma che "La significatività statistica del dato non assurge, ad avviso del Collegio, ad elemento legittimamente escludente la scorrettezza della pratica commerciale (...) la rilevanza numerica del dato può assumere significatività quale elemento aggravante della condotta", ed ancora che "L'illiceità del comportamento, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle riportate disposizioni del Codice del Consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi ... sono legittimati a porre in essere...) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno ma) di mero pericolo".

Una sentenza successiva (T.A.R. Roma - Lazio, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, *Energas*) sembra confermare questo secondo orientamento, ma in modo quasi incidentale, limitandosi ad affermare che "L'affermata sporadicità della vicenda ... non integra idoneo fondamento giustificativo al fine di escluderne la sussumibilità in una tipologia di condotta".

vantaggio di un consumatore. Inoltre, non è necessario che si tratti di una condotta finalizzata alla stipula di un contratto, perché può trattarsi di condotte anche contestuali o successive alla stipula del contratto.

Elemento indispensabile è, pertanto, solo la sussistenza di una “relazione”, di un legame oggettivo tra la condotta del professionista e la promozione di beni o servizi offerti (anche) al consumatore, e/o l’instaurazione o l’esecuzione di rapporti contrattuali fra professionisti e consumatori⁸².

Dall’insieme dei dati normativi si ricava, inoltre, che la nozione di “pratica commerciale” comprende tutti i comportamenti dei professionisti, attivi o passivi, suscettibili di incidere o condizionare la capacità di autodeterminazione dei consumatori riguardo ad un’operazione commerciale relativa ad un prodotto.

Così, sono pratiche commerciali anche le c.d. “offerte congiunte”⁸³, che ricorrono quando il professionista offre un prodotto collegando inscindibilmente all’eventuale acquisto di questo prodotto anche l’acquisto, a titolo gratuito o oneroso, di un ulteriore prodotto da parte del consumatore, o il conseguimento di qualunque altro vantaggio, o ancora di un titolo che conferisca il diritto di ottenere un ulteriore prodotto o un altro vantaggio.

Rientrano, altresì, nella nozione di pratiche commerciali le campagne promozionali che subordinano la partecipazione gratuita del consumatore ad una lotteria all’acquisto di una determinata quantità di prodotti.⁸⁴

Ed ancora, in giurisprudenza si è ritenuto che, con riferimento agli istituti di credito, rientri nella nozione di *pratica commerciale* non solo l’attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma ogni tipo di atto od

⁸² DE CRISTOFARO G., “Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. 142 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE”, in *Studium Iuris* 11/2007.

⁸³ Cfr. CG 23/4/2009, in cause riunite C.261/07 e C- 299/07, VTB-VAB NV e *Galatea*, pt. 48-50 in cui si legge che “le offerte congiunte costituiscono atti commerciali che si iscrivono chiaramente nel contesto della strategia commerciale di un operatore e rivolte direttamente alla promozione e allo smercio delle sue vendite. Ne deriva che esse costituiscono pratiche commerciali ai sensi dell’art. 2, lett. d), della direttiva e ricadono, conseguentemente, nella sua sfera di applicazione.”

⁸⁴ Cfr. cg 14/1/2010, *Plus warenhandels-gesellschaft*, pt. 37.

operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario.⁸⁵

Sotto altro profilo, va evidenziato che la latitudine temporale di applicazione della norma è piuttosto ampia, comprendendo non solo la fase di formazione del consenso ma anche le successive fasi della conclusione ed esecuzione del contratto di vendita o di fornitura del prodotto, come, ad esempio, la gestione dei reclami e l'assistenza post-vendita, che deve essere prestata nella lingua promessa, ai sensi dell'art. 23, *lett h*), c. cons..

La tutela apprestata dalla normativa in esame, dunque, non è circoscritta alla fase precontrattuale ma è estesa a tutte le pratiche commerciali "scorrette" tra professionisti e consumatori poste in essere "prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto", come espressamente previsto dall'art.19, c.1, c. cons. il quale riproduce la disciplina della direttiva circa la latitudine temporale della sua applicazione.

La *ratio* della disposizione si ravvisa nel fatto che la pratica scorretta successiva al contratto equivale ad un'omissione ingannevole di informazione al momento della conclusione dello stesso e comporta, quindi, ugualmente una distorsione della concorrenza sotto il profilo della libertà di scelta del consumatore.⁸⁶

L'art. 20 del c. cons. ripropone la formulazione della direttiva, per cui non pone a carico del professionista obblighi di contenuto positivo, ma si limita a sancire il divieto di realizzare pratiche commerciali scorrette, cui fa seguito l'enunciazione di due categorie particolari di pratiche sleali, e cioè le pratiche ingannevoli (artt.21-22) e quelle aggressive (artt.24-25), nonché una lista "nera" delle pratiche considerate senz'altro sleali (inserite negli artt. 23 e 26, e nei commi 3° e 4° dell'art. 21).

⁸⁵ Cfr. T.A.R. Roma-Lazio 28-1-2009, *Intesa San Paolo SPA c. AGCM*.

⁸⁶ Il T.A.R. ha fatto un'applicazione rigorosa di tale criterio di valutazione, confermando una condanna dell'AGCM in un caso di rifiuto di restituzione della cauzione per la fornitura di gas in bombole, che il fornitore fondava su ragioni civilistiche ritenute pretestuose (v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, *Energas*).

Con riferimento all'ambito di operatività dell'art. 20, nonostante l'ampiezza di contenuto del comma 2, secondo la dottrina prevalente⁸⁷ essa si configura essenzialmente come una norma di chiusura, dotata di una funzione sussidiaria⁸⁸, essendo destinata ad operare solo quando la condotta sospettata di essere scorretta non sia riconducibile a nessuna delle fattispecie descritte in modo analitico nelle norme successive come "azione o omissione ingannevole" (artt. 21, 22, e 23) e "pratica commerciale aggressiva" (artt. 24, 25, e 26)⁸⁹.

L'interprete, dunque, per stabilire se una pratica commerciale sia o meno "scorretta" dovrà innanzitutto stabilire se essa sia riconducibile ad una delle fattispecie inserite negli elenchi di cui agli artt. 23 e 26, nel qual caso non vi saranno dubbi sulla scorrettezza della pratica, oppure, qualora tale verifica non dovesse avere esito positivo, dovrà valutare se sussistono gli estremi delle pratiche ingannevoli o di quelle omissive. Infine, qualora anche questa verifica dovesse avere esito negativo, dovrà applicare il criterio "generale" e "residuale" di cui al comma 2 dell'art. 20.

Tuttavia sul punto non vi è concordia in dottrina in quanto, sebbene in posizione isolata, vi è chi⁹⁰ ritiene che il criterio di specialità non è destinato

⁸⁷ Cfr. in tal senso: DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 125 ss.; LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale* 3/2008, p. 255; BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 267 ss.; AUTERI P., in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, CEDAM, Padova, 2008, p. 13 ss.

⁸⁸ Così anche ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in A.A.V.V., *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC directive 2005/29*, Oxford 2007, a cura di WEATHERILL Stephen and BERNITZ Ulf, p. 20, e GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007, p.175.

⁸⁹ L'ultimo comma dell'art. 20 prevede, infatti, che le azioni e omissioni ingannevoli e le pratiche aggressive sono sempre ipotesi di pratiche commerciali scorrette. In proposito, con riferimento alla direttiva, osserva DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 141, che "soltanto se si accerta che la pratica non ha natura "ingannevole" né "aggressiva" (ex artt. 21, 22 e 24, c. cons.) si rende possibile e necessario il ricorso alla "nozione generale" di cui all'art. 20, comma 2, c. cons., la quale pertanto si configura essenzialmente come una norma di chiusura dotata di una funzione sussidiaria...".

⁹⁰ LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Padova, 2008, 27 ss.; in senso sostanzialmente conforme MELI V., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, 257 ss., e GENOVESE A., *La*

ad operare nel caso concreto e che, piuttosto, il divieto generale, costituendo il fulcro centrale dell'intera disciplina, andrebbe inteso come vera e propria "clausola generale" su cui deve sempre e necessariamente imperniarsi il giudizio di slealtà/scorrettezza delle pratiche commerciali, mentre le azioni ingannevoli e le pratiche aggressive ne costituirebbero solo ipotesi applicative ed esemplificative.

Secondo tale ultima tesi, dunque, una pratica commerciale suscettibile di essere ricondotta ad una *black list* sarebbe colpita da una mera presunzione «relativa» di slealtà, suscettibile di essere superata dimostrando che la singola pratica non è *in concreto* contraria alla diligenza professionale e/o non è suscettibile di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è rivolta.

Quindi la nozione, o meglio, la "clausola generale" rilevarebbe pertanto, in sede e ai fini dell'applicazione delle liste "nere", non solo per risolvere i dubbi interpretativi suscitati dalla formulazione testuale delle relative previsioni o per concretizzare le nozioni astratte e generiche ivi utilizzate, ma anche come criterio integrativo (e eventualmente correttivo) di tale previsioni, idoneo a consentire all'interprete di sovvertire la valutazione di slealtà *prima facie* in esse compiuta dal legislatore (comunitario e interno) attraverso una ponderata valutazione delle peculiari circostanze del caso concreto.

Sembra comunque doversi condividere la lettura della norma data dalla dottrina dominante in quanto in senso conforme si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia⁹¹, la cui interpretazione dovrebbe considerarsi decisiva ai fini della soluzione del contrasto insorto nella nostra dottrina⁹².

normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, 768, la quale, con riferimento alle pratiche indicate nella "lista nera", afferma che "Per tali pratiche non è necessario dimostrare la non conformità alla diligenza professionale e l'idoneità a influenzare il consumatore: è da ritenere tuttavia che la correttezza della pratica o la sua innocuità possano essere eccepite dalla parte convenuta, tenuto conto dell'evoluzione in concreto di tutte le circostanze del caso. La "lista nera", così intesa, porrebbe solo presunzioni semplici (e non assolute) di scorrettezza della condotta"; in senso contrario AUTERI P., *op. ult. cit.*, p. 1 ss., il quale sul punto evidenzia il rischio che questa interpretazione comprometta l'armonizzazione totale delle discipline nazionali voluta dalla Direttiva.

⁹¹ Cfr. *Corte giust. CE*, 23.4.2009, cause C-261/07 e C-299/07.

⁹² DE CRISTOFARO G., "La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali", nota di commento a *Corte*

Per quanto concerne, poi, i parametri di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale, essi vengono individuati nella “contrarietà alla diligenza professionale” e nella falsità o idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del “consumatore medio” al quale è diretta, presupposti che devono ricorrere cumulativamente e non alternativamente.

Relativamente alla nozione di “diligenza professionale” va evidenziata la differenza esistente tra la definizione contenuta nell’art. 18 c. cons., ai sensi del quale per diligenza professionale deve intendersi 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”, e quella contenuta nell’art. 2, lett. h) della direttiva, in cui si afferma che per diligenza professionale deve intendersi “il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori” rispetto a “pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista”.

Evidenti sono le differenze con la definizione comunitaria, sia per quanto concerne il grado di competenza ed attenzione richiesto, che è quello che possono attendersi i consumatori e non quello che si può presumere venga adottato dal professionista, sia per quanto concerne i parametri in base ai quali vanno individuate le “ragionevoli aspettative”, poiché al principio generale della buona fede il nostro legislatore sostituisce “i principi di correttezza e buona fede”, eliminando il discusso parametro delle “pratiche di mercato oneste”.

La dottrina⁹³ si è chiesta, a tale riguardo, innanzitutto se tali divergenze siano frutto di una scelta consapevole, e, comunque se, trattandosi di una

giust. CE, 23.4.2009, cause C-261/07 e C-299/07 in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2009, p. 1059 ss.

⁹³ DE CRISTOFARO G., *La nozione di pratica commerciale “scorretta”*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristofaro*, Giappichelli editore - Torino, 2008, p. 148 ss.

direttiva di armonizzazione, il contrasto con la normativa comunitaria debba ritenersi insanabile, tanto da rendere possibile l'instaurazione di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano.

La questione non è di facile soluzione in quanto, se da un lato è plausibile ritenere che il legislatore abbia un margine di discrezionalità, avendo la definizione contenuta nella direttiva carattere generale, dall'altro lato si tratta della definizione di un elemento costitutivo della nozione di pratica commerciale sleale, che costituisce il fulcro della normativa⁹⁴.

Con riferimento al profilo della nozione di "diligenza professionale", inoltre, va chiarito che essa deve essere nettamente distinta sia dalla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni che da quella di colpa nell'illecito civile⁹⁵. Si tratta, infatti, di una nozione propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette che fa riferimento, sostanzialmente alle regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado di conoscenze specialistiche, di cura ed attenzione, attinente alla sfera del consumatore ed in particolare al suo diritto ad assumere decisioni di natura commerciale consapevoli ed informate, che il professionista è tenuto ad osservare nell'esercizio delle pratiche commerciali. Naturalmente il livello di diligenza professionale dovuto dovrà essere individuato in concreto, volta per volta, perché deve risultare "ragionevole" rispetto al contesto concreto in cui il professionista ha operato.

L'altro parametro di valutazione della "scorrettezza" delle pratiche commerciali è, come già detto, quello della idoneità a "falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la

⁹⁴Cfr. DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 149, il quale in particolare si chiede, senza per altro proporre una soluzione, se l'interprete italiano dovrà considerarsi costretto - dalla necessità di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello comunitario - ad integrare in via interpretativa la formulazione testuale della definizione normativa della nozione di diligenza professionale, facendo riferimento - ai fini della concretizzazione del livello di speciale competenza ed attenzione dovuto dal professionista che ponga in essere pratiche commerciali - non soltanto ai principi generali della buona fede e della correttezza, ma anche al parametro delle "pratiche di mercato oneste" in uso nel settore di attività del professionista, nonostante tale parametro non venga espressamente contemplato nella definizione normativa inserita nella lett. h), dell'art. 18, c. cons."

⁹⁵ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 150 ss.

pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori” (art. 20,c.2, c. cons.).

Da tale requisito si può dedurre come l’interesse perseguito dalla normativa *de quo*, sia, come esplicitato nell’art. 1 della direttiva comunitaria, quello di tutelare solo gli interessi economici del consumatore.

La dottrina⁹⁶ ha in proposito chiarito che la nozione di “decisione di natura commerciale” è estremamente ampia in quanto comprensiva non solo della scelta se accettare o meno di instaurare con un professionista un determinato rapporto contrattuale riferito ad un prodotto o un servizio, ma anche delle scelte relative al tenore delle singole clausole del regolamento contrattuale, o della stessa scelta dei modi con cui manifestare la volontà negoziale. Vi si riconduce anche la decisione relativa al se, come e quando esercitare un diritto del quale il consumatore divenga titolare nei confronti del professionista in forza di un’apposita clausola negoziale o *ex lege*.

Inoltre, una pratica commerciale è scorretta se è idonea ad alterare “sensibilmente” la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art.18, lett. e), c. cons.), e ciò, sia quando abbia spinto il consumatore alla conclusione di un contratto che non avrebbe altrimenti concluso, o ad esercitare un diritto di cui sia titolare nei confronti della controparte, sia quando, viceversa, induce il consumatore a rifiutare una proposta contrattuale o ad astenersi dal far valere un diritto o dal porre fine ad un rapporto contrattuale di durata.

Va evidenziato che la definizione *de quo* fa riferimento solo all’idoneità della pratica ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione “consapevole”, non all’attitudine a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore⁹⁷, per cui un problema di sussumibilità nella definizione generale di pratica commerciale scorretta può porsi sicuramente

⁹⁶ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.* p., 155 ss.

⁹⁷ Cfr. il considerando n. 6 della direttiva, secondo il quale la direttiva lascia “impregiudicate pratiche pubblicitarie e di *marketing* generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito, la differenziazione del marchio o l’offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole”.

per le pratiche che incidono sulle informazioni di cui i consumatori dispongono quando assumono informazioni di natura commerciale, (ad esempio quando si tratti di informazioni falsate, alterate ridotte o omesse), poiché ciò impedisce al consumatore di scegliere in modo consapevole, prendendo decisioni “informate”.

Tale problema non si pone, viceversa, per le pratiche commerciali che, senza incidere sulle informazioni necessarie al consumatore per prendere decisioni consapevoli, incidono soltanto sulla libertà del consumatore, impedendogli di fondare le proprie scelte esclusivamente sulle informazioni in suo possesso. Infatti, l’espressione “decisione consapevole” utilizzata nella definizione, deve essere intesa come sinonimo di “decisione informata”, come si può dedurre anche dal confronto con le altre versioni linguistiche del testo della direttiva.

L’analisi del parametro del “consumatore medio” impone, invece, un confronto tra il testo della direttiva 2005/29/CE e la disciplina introdotta nel codice del consumo. Infatti, nel testo della direttiva si legge al considerando n. 18 che il consumatore medio è quello “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo le interpretazioni della Corte di giustizia”.

Il nostro legislatore, invece, come la maggior parte dei legislatori nazionali dei Paesi europei, ha preferito non introdurre una disposizione recante una definizione della nozione di “consumatore medio” che riproducesse il considerando 18 della direttiva.

La dottrina si chiede, allora, se e in che misura potranno considerarsi vincolanti per l’interpretazione degli artt. 20, 21, 22, e 24 del c. cons., e soprattutto per le autorità giudiziarie o amministrative, le indicazioni contenute nel considerando 18.

Probabilmente in proposito sarà decisiva l’interpretazione data dalla Corte di Giustizia Ce, a cui le autorità amministrativa nazionali dovranno necessariamente attenersi.⁹⁸

⁹⁸ Cfr. la *Relazione* illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, in COM (2003) 356 def., p. 9.

Inoltre, va evidenziato che la stessa nozione di “consumatore medio” si atteggia in maniera diversa a seconda che la pratica commerciale in esame sia volta alla generalità dei consumatori oppure soltanto ad un “determinato gruppo di consumatori”.

In quest’ultima ipotesi, infatti, nella valutazione circa la “scorrettezza” della pratica dovrà considerarsi la sua idoneità a falsare il comportamento economico del “membro medio” di quel “determinato gruppo di consumatori”, con la conseguenza che potrà reputarsi scorretta anche una pratica che, se indirizzata alla generalità dei consumatori, non avrebbe potuto considerarsi tale, qualora il “gruppo determinato” sia composto da membri particolarmente “deboli” e “influenzabili”.

Il comma 3 dell’art. 20 c. cons. prevede, poi, che “le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo.”

Capitolo II

Definizioni normative e individuazione delle fattispecie

1. Le pratiche commerciali scorrette: caratteri generali - 2. Le azioni ingannevoli - 3. Le omissioni ingannevoli - 4. Le pratiche commerciali “aggressive”

1. Le pratiche commerciali scorrette: caratteri generali

Come abbiamo visto nel capitolo precedente il bene giuridico tutelato dalla nuova normativa è, secondo l’opinione pacifica in dottrina, la *libertà di scelta* del consumatore, quale prerogativa giuridica primaria direttamente legata al principio di libera concorrenza e ad esso strumentale.⁹⁹

⁹⁹ Cfr. tra gli altri: DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, p. 28 e nota 37, il quale evidenzia che il riferimento che la normativa fa alla natura commerciale della decisione, insieme all’idoneità di questa a falsare il comportamento economico del consumatore, inducono a riconoscere l’interesse tutelato dal legislatore nella libertà negoziale del consumatore; CALVO R., *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 179, il quale sostiene che “la tutela del consumatore assume il rinnovato ruolo di mezzo capace di proteggere la libera competizione tra professionisti, che viene compromessa (...) dalle pratiche commerciali disoneste, ideate per trarre profitto dalla condizione di *deficit* informativo in cui si trovano i consumatori anche a scapito degli imprenditori i quali, all’opposto, operano in modo trasparente”; DI NELLA L., *Le pratiche commerciali “aggressive”*, *ivi*, p. 292, ss., il quale sottolinea il ruolo centrale spettante al consumatore nel meccanismo concorrenziale, essendo a lui richiesto di ergersi a giudice della qualità dei beni e della congruità dei prezzi compiendo le sue scelte secondo il metodo comparativo. Per tale motivo è necessario che la sua scelta sia consapevole, in modo che possa svolgere adeguatamente il ruolo assegnatogli. Ciò richiede un sistema di regole volte a garantirgli la possibilità di informarsi in modo chiaro e comprensibile e di disporre di informazioni veritiere e corrette, sanzionando allo stesso tempo le condotte sleali delle imprese. “Si è così configurata – continua l’Autore – la libertà di scelta del consumatore quale prerogativa giuridica primaria direttamente legata al principio di concorrenza e funzionale alla stessa”.

Lo scopo, infatti, è quello di rafforzare il principio di trasparenza nella contrattazione di massa per agevolare il consumatore a prendere decisioni consapevoli e perciò adatte a garantire la sua autodeterminazione.¹⁰⁰

È, perciò, necessario che il consumatore venga adeguatamente informato sia nella fase precontrattuale, in modo da garantirgli la più ampia possibilità di scelta tra le varie offerte, sia, una volta che abbia scelto la sua controparte contrattuale, nella fase della conclusione del contratto, al fine di consentirgli una decisione ponderata che tenga conto di tutte le clausole contrattuali.¹⁰¹

Sembra, quindi, ormai essere stato recepito anche a livello normativo il superamento della concezione paternalistica che normalmente accompagna, in modo più evidente, la disciplina dei contratti del consumatore, visto che nella fase della negoziazione delle clausole contrattuali prevale la necessità di intervenire per correggere lo squilibrio strutturale che esiste tra consumatori e professionisti, mentre nella fase di scelta o acquisto del bene o del servizio emerge la necessità di tutelare l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato quale luogo di scambio tra domanda e offerta, potenziando il ruolo sovrano del consumatore.

Al consumatore l'ordinamento cerca, dunque, di garantire soprattutto un'adeguata informazione, allo scopo di rendere in tal modo più efficiente e dinamico il mercato, anche sotto il profilo della concorrenza.¹⁰²

Tale obiettivo è stato perseguito dal legislatore comunitario e da quello nazionale, in sede di recepimento della direttiva, attraverso l'imposizione al professionista di molteplici obblighi di informazione, la cui violazione può

¹⁰⁰ Cfr. CALVO R., *op. cit.*, p. 177, il quale sostiene che: "L'elemento di novità dello statuto in tema di protezione della concorrenza consiste in ciò, che il legislatore transnazionale ha dettato una disciplina unitaria la quale prescinde dalla tipologia di beni, dalla specificità delle pratiche e dalla natura dei mezzi di comunicazione impiegati. Si è così voluto rafforzare il principio di trasparenza nella contrattazione di massa per agevolare il consumatore – in reazione alle politiche permeate dal *caveat emptor* – a prendere decisioni consapevoli e quindi adatte a garantire la sua autodeterminazione."

¹⁰¹ BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 262.

¹⁰² RABITTI M., *sub art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, 151.

essere frutto, in certi casi, di un'azione ingannevole, ed in altri, di un'omissione ingannevole. Essi sono:

- 1) l'obbligo di indicare "l'intento commerciale della pratica", quando non risulti "già evidente dal contesto" (art. 21, c.2, c. cons.);
- 2) l'obbligo di informare circa l'attitudine di certi prodotti a "porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori" (art. 21, c.3, c. cons.);
- 3) gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto (art. 22, c.5, c. cons.);
- 4) l'obbligo di fornire, nell'invito all'acquisto, le cinque informazioni fondamentali, indicate nell'art. 22, c.4, c. cons., quando l'omissione risulti idonea ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

L'art. 20 ai commi 2-4 e gli art. 21-26 c. cons. individuano i parametri di valutazione della "correttezza" di una pratica commerciale.

In particolare l'art. 20 c. 2 contiene una definizione di carattere generale che individua i suddetti parametri nella contrarietà alle norme di diligenza professionale¹⁰³ e nella falsità o idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge, o al quale è diretta, ovvero del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. La qualificazione di una pratica commerciale come sleale sembra richiedere l'accertamento di entrambi i presupposti.¹⁰⁴

¹⁰³ Deve sottolinearsi, al riguardo, come la contrarietà alla diligenza professionale della pratica non debba essere oggetto di prova specifica da parte del consumatore in sede di giudizio civile.

¹⁰⁴ Cfr. DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 1/2007, p.17.

In proposito va osservato che l'illiceità della condotta del professionista, accertata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non esonera il consumatore dal provare in sede civile il danno che ad esso viene cagionato. In questo senso si sono pronunciate le Sezioni Unite civili nel 2009 ribadendo che l'illiceità della pratica commerciale non può essere considerata *ex se* prova del danno cagionato. In particolare, il consumatore che lamenti di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole e agisca, *ex art. 2043 c.c.*, per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di

Tale definizione è poi “concretizzata” attraverso l’enucleazione di due categorie “speciali” di pratiche scorrette, e cioè le pratiche ingannevoli di cui agli artt. 21 e 22 e le pratiche aggressive di cui agli artt. 24 e 25, nonché attraverso l’analitica individuazione di singole, concrete tipologie di pratiche commerciali “considerate in ogni caso scorrette”, quelle elencate nelle “liste nere” di pratiche commerciali sicuramente ingannevoli ed aggressive rispettivamente inserite negli artt. 23 e 26 c. cons.¹⁰⁵, cui si aggiungono altre fattispecie non previste nella corrispondente normativa comunitaria, e cioè quelle di cui all’art. 21 commi 3 e 4 del c. cons., e l’ipotesi di cui all’art. 22 *bis* c. cons., aggiunta con la legge n. 99 del 23 luglio 2009, relativa da un’ipotesi di pubblicità considerata in ogni caso ingannevole.

In dottrina si è perciò rilevato che la struttura normativa che ne deriva può essere definita “a piramide”¹⁰⁶ o, usando un’altra immagine, può essere rappresentata come una serie di “cerchi concentrici”¹⁰⁷ che partono dalla definizione generale di pratica commerciale, in cui è compresa la pubblicità, per poi dipanarsi, sulla base della “scorrettezza”, in pratica ingannevole, per azione o per omissione, e in pratica aggressiva.

Il comune denominatore della nozione “generale” di pratica commerciale scorretta e delle categorie delle pratiche ingannevoli (azioni ed omissioni) e delle pratiche aggressive, in cui si può ravvisare l’elemento fondamentale qualificante la “scorrettezza” di una pratica commerciale, va, dunque, ravvisato nell’attitudine della condotta del professionista a incidere in misura rilevante e con modalità inaccettabili per l’ordinamento, sui procedimenti decisionali attraverso i quali i consumatori operano le loro scelte di mercato, spingendoli ad assumere “decisioni di natura commerciale” che non avrebbero

causalità tra pubblicità e danno, nonché almeno la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose (Cass. S.U., 15 gennaio 2009, n. 794; Cass. S.U., 5 maggio 2009, n. 10274).

¹⁰⁵ Mentre, infatti, nella direttiva la *black list* era unica, sia con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli che a quelle aggressive, il legislatore italiano in sede di recepimento ha separato la lista in due parti.

¹⁰⁶ Così LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 73.

¹⁰⁷ Così TRIPODI E.M. - BATTELLI E., *Commento agli artt. 18-27*, in Tripodi E.M. – Battelli E. (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario del d. lgs. 6 settembre 2005*, n. 2006, Maggioli, Rimini, 2008, p. 131.

altrimenti preso o avrebbero preso a condizioni differenti rispetto a quelle in concreto adottate.¹⁰⁸

Con la tipizzazione delle pratiche commerciali ingannevoli, dunque, il legislatore comunitario è riuscito a definire una fattispecie unitaria di condotte ingannevoli, che consente di eliminare i particolarismi emergenti dalla stessa disciplina comunitaria che mediante molteplici direttive ha introdotto precetti specifici per contrastare le *asimmetrie informative*.

2. Le azioni ingannevoli

In base all'impostazione che si è fin qui cercato di descrivere, il codice del consumo, dopo aver posto un divieto generale di pratiche commerciali sleali (art. 20, c.1, c. cons.), dispone all'art. 20, c.4, lett. a) che sono scorrette le pratiche commerciali "ingannevoli" di cui agli artt. 21, 22 e 23, e suddivide, poi, le pratiche commerciali ingannevoli in due tipologie, a seconda che vengano perpetrate attraverso azioni ingannevoli (art. 21, c. cons.), od omissioni ingannevoli (art. 24, c. cons.).

Ai sensi dell'art. 21 c.1, prima parte, "è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: (...)"¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Tale elemento, come abbiamo visto, è espressamente indicato nel comma 2 dell'art. 20, e come vedremo anche nei commi 1 e 2 degli artt. 21 e 22, con riferimento alle azioni ed omissioni ingannevoli, e nell'art. 24 c. cons., con riferimento alle pratiche aggressive, ed è presunto *ex lege*, senza possibilità di prova contraria, in ciascuna delle fattispecie contemplate nelle liste "nere" contenute negli artt. 23 e 26 c. cons.

¹⁰⁹ Art. 21, c.1, c. cons.: **Azioni ingannevoli**

1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

a) l'esistenza o la natura del prodotto;

Nella sua forma base, quindi, gli elementi costitutivi della fattispecie sono due, la falsità dell'informazione e la sua capacità decettiva, intesa come capacità a trarre in inganno il consumatore di media diligenza.¹¹⁰

La norma in esame contempla anche l'ipotesi di eventuali comportamenti scorretti scaturiti da un "abuso di veridicità", o da un cosiddetto "sopradosaggio informativo", in quanto prevede l'ipotesi in cui l'informazione sia di per sé corretta ma comunque fuorviante. Un eccesso di informazione diviene, in pratica, fonte di disorientamento per il consumatore e corre il rischio di indebolirne, in un flusso indistinto di comunicazioni, la capacità critica. L'eccesso di dati cognitivi, insomma, equivale *quoad effectum* all'assenza di chiarimenti, ed è per tale motivo che l'art. 21, c. 1, c. cons. sanziona l'idoneità dell'informazione ad ingannare, anche quando l'induzione in errore sia imputabile ad informazioni di fatto prive di inesattezze.¹¹¹

-
- b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;
 - c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;
 - d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;
 - e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;
 - f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo *status*, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;
 - g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

¹¹⁰ I parametri di valutazione dell'ingannevolezza di una pratica commerciale individuati dall'art. 21 c. cons. sono sostanzialmente una trasposizione delle originarie fattispecie di pubblicità ingannevole, con il valore aggiunto rappresentato, oltre che dalla *black list* dalle ventitré fattispecie elencate dall'art. 23, dalla previsione di un'organica disciplina delle omissioni ingannevoli, contenuta nell'art. 22.

¹¹¹ Cfr. sul punto CALVO R., *op. ult. cit.*; p. 212; più in generale sul fenomeno dell'eccesso di informazione si veda: GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2004, p. 562, il quale mette in luce due modi nei quali l'abbondanza dell'informazione può diventare un vizio del contratto, e precisamente, in primo luogo, l'*enfasi* relativa alle informazioni fornite, che tende a indirizzare in senso più favorevole di quanto la realtà delle circostanze giustifichi, la valutazione contrattuale dell'altro contraente. Esempio emblematico di tale ipotesi è la pubblicità, la quale può rilevare come eccesso dell'informazione quando sollecita la conclusione del contratto enfatizzando le qualità o l'utilità o il pregio o la rarità dell'oggetto in modo da poter alterare la valutazione che altrimenti se ne darebbe. Una seconda possibilità di eccesso segnalata dall'Autore è, poi, il *disordine*, in quanto fornire una notevole quantità di informazioni in modo disordinato può

Dall'art. 20, c.3, c. cons.¹¹², che fa salva la pratica commerciale pubblicitaria comune e legittima “consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera”, cioè il c.d. “*dolus bonus*”, sul quale ci soffermeremo in seguito, si ricava che questi elementi costitutivi devono necessariamente coesistere, dovendosi considerare legittima quell'informazione che, per quanto non veritiera, risulti inidonea a trarre in inganno il consumatore di media diligenza ed accortezza.

L'art. 21 c.1 c. cons. prosegue con una serie di indicazioni specifiche sulle decisioni cui deve essere stato indotto il consumatore, affinché la pratica possa risultare scorretta; si tratta di una ricognizione della casistica affrontata negli ultimi anni in materia di pubblicità ingannevole dall'AGCM.¹¹³

In particolare la pratica commerciale può essere considerata ingannevole quando l'idoneità a falsare in modo rilevante il comportamento economico del consumatore deriva dall'informazione falsa circa:

a) l'esistenza e la natura del prodotto: è questa l'ipotesi tradizionalmente più importante di condotta scorretta in quanto preordinata ad alterare la volontà del consumatore di normale avvedutezza.¹¹⁴ Un settore in cui è frequente tale tipo di pratica è quello della formazione e dell'istruzione universitaria¹¹⁵. L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è

occultare quelle realmente utili per un corretto intendere e un corretto volere. Ciò renderebbe carente la corretta percezione delle informazioni, e spesso non percettibili, e quindi mancanti, quelle rilevanti per la valutazione. Per tali motivi il diritto europeo ha introdotto ripetutamente nelle direttive comunitarie sulla contrattazione e sulle attività preliminari ad essa connesse, come la sollecitazione pubblicitaria, il richiamo alla trasparenza. Sul punto si veda pure FEBBRAJO T., *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 21 ss.

¹¹² **Art. 20, c. 3, c. cons.:** “Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. E' fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.”

¹¹³ LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale*, 3/2008, p.259; MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, CEDAM, Padova, 2008, p.104.

¹¹⁴ CALVO R., *op. ult. cit.*, 2008, p. 220.

¹¹⁵ Si veda PI6175, provv. n. 17516 del 18 ottobre 2007, in Boll. 39/2007 (*Accademia delle belle arti di Mendicino*). Nella fattispecie il messaggio lasciava intendere ai destinatari che “l'Accademia lasciava intendere ai destinatari che “l'Accademia di belle arto di Mendicino”

intervenuta più volte negli ultimi anni in tale settore. Infatti la comunicazione commerciale rivolta al pubblico di chi vuole conseguire un titolo universitario, o di specializzazione, che faciliti l'ingresso nel mondo del lavoro, e a chi voglia dare una nuova qualificazione alla propria attività professionale, mira principalmente a condizionarne le scelte. E a tal scopo i messaggi pubblicitari ricorrono all'uso di terminologie che risaltano le caratteristiche delle prestazioni offerte, fino ad enfatizzarle come sinonimo di un sicuro brillante successo lavorativo e sociale per chi frequenterà i corsi.

Un'altra forma di inganno sulla "natura" del prodotto è quella degli inviti ad eventi, spettacoli, dietro i quali si nasconde l'intento di vendere ai partecipanti beni o servizi. Ciò si verifica ad esempio con quegli annunci di offerte di lavoro che celano l'offerta della fornitura di materiali di vario genere a carattere oneroso.¹¹⁶

Ancora, l'inganno può riguardare la natura dell'offerta oggetto della comunicazione commerciale, qualora il messaggio contenga un'informazione finalizzata ad accentuare un aspetto vantaggioso per il consumatore, la quale, però, non consente di comprendere quale sia la reale natura della proposta commerciale.¹¹⁷

b) le caratteristiche principali del prodotto come la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, e la composizione del prodotto, gli accessori, l'assistenza post-vendita¹¹⁸ al consumatore e il trattamento dei reclami, nonché la sua provenienza geografica o commerciale.

fosse, contrariamente al vero, un soggetto riconosciuto dal Ministero per lo svolgimento dei corsi pubblicizzati ed idoneo a rilasciare titoli aventi valore legale in Italia. Cfr. PICA T., *Azioni ingannevoli sub art. 21*, in *Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009*, p. 165.

¹¹⁶ Si veda in proposito PI5826, provv. n. 17356 del 13 settembre 2007, in Boll. 34/2007 (*Annuncio Offerta di lavoro in Secondamano*).

¹¹⁷ Ad esempio si veda PS571, provv. n. 18627 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Vodafone-Internet Key*). O anche PS51, provv. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Aquilus piwcine-Numero verde*) con il quale l'Autorità Antitrust ha riconosciuto il messaggio pubblicitario avente ad oggetto la promozione di una numerazione telefonica come idoneo ad indurre in errore le persone cui era rivolto e quelle da esso raggiunte, sulla reale natura del servizio in esso promosso, in quanto lasciava erroneamente intendere che si trattasse di un numero verde quale sinonimo di gratuito, mentre la natura effettiva era onerosa.

¹¹⁸ Così anche DONA M., *op. cit.*, p. 29 e nota 43, il quale ha riportato alcuni provvedimenti in cui l'AGCM ha precisato che il servizio post-vendita che viene pubblicizzato soltanto in relazione al porre in contatto i propri clienti con le agenzie locali non risponde ai requisiti di

Si tratta di fattispecie in cui spesso le confezioni, o i fogli illustrativi dei prodotti alimentari, cosmetici, riportano diciture, indicazioni, che non chiariscono la reale natura, le caratteristiche terapeutiche, gli effetti benefici che derivano dall'assunzione.¹¹⁹ Ed ancora, il consumatore medio potrebbe cadere in errore sulla "disponibilità" del prodotto quando la comunicazione commerciale determini in lui il falso miraggio della possibilità di acquistare in ogni momento un'ingente, o un'illimitata quantità del prodotto presso il punto vendita pubblicizzato, ed invece l'offerta è valida solo fino ad esaurimento scorte, o solo entro un determinato limite quantitativo per cliente, o esclusivamente laddove questo sia socio di quella determinata catena di supermercati.¹²⁰ Oppure, con riferimento ai "vantaggi" del prodotto, si pensi ai casi di illustrazione, o mera esaltazione, dei risultati che derivano dall'assunzione di preparati alimentari, cosmetici, farmaceutici (bevande, alimenti, compresse, creme, profumi, essenze).

Tra le caratteristiche del prodotto spesso oggetto di false informazioni particolarmente rilevanti sono, inoltre, i "rischi", ossia le conseguenze negative, nocive per la salute, la sicurezza personale del consumatore e della sua famiglia, o per l'integrità dei suoi beni, del suo patrimonio. Si tratta di fattispecie in cui l'etichetta, il foglio illustrativo del prodotto, la *brochure*, illustrano le proprietà benefiche e omettono, o sono poco precisi, nelle indicazioni delle sostanze la cui assunzione comporta disturbi fisici, l'insorgere di complicazioni fisiologiche, o in merito alle dosi e alla durata massima del trattamento oltre la quale è opportuno sospendere l'uso o rivolgersi ad un medico. Sono fattispecie molto diffuse nella vita quotidiana in cui il consumatore, attirato dal risultato promesso diventa vulnerabile, in quanto riduce la sua abituale vigilanza decisionale e trascura le regole di avvedutezza e prudenza. A tale proposito una delle ipotesi più ricorrenti è

un'informazione corretta, trasparente ed idonea a non indurre in inganno il consumatore ed è quindi insufficiente. (cfr. PI4062, in Boll. 20/2003, in tema di assistenza scooter; PI4762, in Boll. 26/2005, in materia di acquisti immobiliari all'estero).

¹¹⁹ Con riferimento a tale profilo l'Autorità Antitrust si è pronunciata, ad esempio, più volte in materia di integratori alimentari, riconoscendo come ingannevoli i messaggi formulati mediante l'uso di termini che creino nel consumatore l'erroneo convincimento circa la natura medica o farmaceutica, o sulle caratteristiche terapeutiche dell'integratore. Cfr. DONA M., *op. cit.*, p. 15.

¹²⁰ Cfr. PICA T., *op. cit.*, p. 166-167.

quella dei rischi derivanti dall'impiego di integratori alimentari composti, tra l'altro, da alcune sostanze che presentano controindicazioni per determinati soggetti a rischio, come ad esempio i diabetici, coloro che soffrono di cuore o altre patologie.¹²¹

Con riferimento all'errore sulla "composizione" del prodotto e, talvolta, come naturale conseguenza anche sui "rischi" che lo stesso comporta si può fare, invece, l'esempio dei cosmetici o degli integratori alimentari, dei quali si promuova la composizione naturale. In tali casi, infatti, il prodotto appare agli occhi del consumatore come privo di sostanze nocive e controindicazioni, così inducendolo ad un uso eccessivo o comunque privo delle opportune cautele. L'errore può altresì riguardare la composizione di beni alimentari, o dei materiali usati per la realizzazione e la lavorazione del bene. Con riferimento a tale ultima ipotesi può farsi l'esempio delle comunicazioni commerciali e delle informazioni rese dal professionista che esaltano le qualità di un capo di abbigliamento, o di un altro manufatto in virtù del tessuto, delle fibre, delle leghe che lo compongono, ed in funzione di quella particolare materia prima, rara o ad esempio proveniente da una specifica area geografica, qualora in virtù di ciò il prodotto venga rappresentato come un'esclusiva del rivenditore, o ne venga giustificato il prezzo elevato, mentre in realtà la composizione di quel bene è priva del ricorso a quel materiale, o comunque non lo reca nelle percentuali millantate.¹²²

Infine, l'origine geografica o commerciale del bene spesso rappresentano per il consumatore che deve affrontare una scelta economica un fattore rilevante. E proprio su tali elementi il consumatore non adeguatamente

¹²¹ Numerosi sono i casi di questo genere sanzionati dall'AGCM, quali PI6500, provv. n. 18197 del 27 marzo 2008, in Boll. 12/2008 (*Compresse HCA Dimagrante*) e PI6088, provv. n. 17812 del 27 dicembre 2007, in Boll. 49/2007 (*Kalory Emergency*). Cfr. PICA T., *op. cit.* p. 167-168. Nello stesso senso si veda anche DONA M., *op. cit.*, p. 29 e nota 41.

Ed ancora tra le pratiche commerciali illecite incentrate sui rischi, ricorre quella consistente nel formulare affermazioni, di fatto inesatte, sulla portata dei rischi per la sicurezza del consumatore o della sua famiglia ai quali sarà esposto nel caso in cui non acquisti un determinato prodotto. Si può fare l'esempio dei messaggi e della *reclame* che promuovono dispositivi di antifurto per la casa, o sistemi per controllare a distanza il sonno dei bambini o delle persone anziane, i quali insinuano ansia e preoccupazione nel destinatario inducendolo a credere che dal mancato acquisto dell'impianto derivi un pericoloso stato di insicurezza per lui e i propri cari. Così PICA T., *op. cit.*, p.167.

¹²² Così PICA T., *op.cit.*, p.167.

informato ed esperto del settore in cui opera il professionista con il quale entra in contatto, è maggiormente indifeso. L'ipotesi in esame è tipicamente diffusa nel settore agro-alimentare.¹²³

c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale, la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione diretta o indiretta del professionista o del prodotto¹²⁴;

d) il prezzo, il calcolo del prezzo o l'esistenza di vantaggi sul prezzo; con tali informazioni si vuole proteggere il consumatore dal c.d. "effetto a sorpresa", consistente nell'indurre il consumatore all'acquisto allettandolo con la prospettiva di poter fruire di condizioni particolarmente vantaggiose che, in realtà, sono il frutto di mera illusione.

L'esempio tipico ricorre in ambiti quali quello della telefonia, sia mobile che fissa. In tale settore l'AGCM ha espresso un orientamento ormai consolidato, maturato sotto la vigenza della normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, di cui agli artt. 18 ss., c. cons. nella formulazione anteriore alla modifica introdotta con il d. lgs. 146 del 2007, che l'Autorità richiama nelle prime decisioni in materia di pratiche commerciali scorrette in forza della continuità tra le due discipline. Secondo tale orientamento, "nel settore della telefonia, caratterizzato dal proliferare di offerte promozionali anche molto articolate, la completezza e la comprensibilità delle informazioni si caratterizzano come un onere minimo dell'operatore pubblicitario al fine di consentire la percezione dell'effettiva convenienza della proposta. In tale ottica, la completezza della comunicazione deve coniugarsi con la chiarezza e

¹²³ A tal riguardo va rilevato che negli ultimi anni, per proteggere la tipicità di alcuni prodotti alimentari, l'Unione europea ha emanato una precisa normativa, stabilendo due livelli di riconoscimento: DOP (Denominazione di Origine Protetta) e IGP (Indicazione Geografica Protetta).

¹²⁴ Si faccia l'esempio della pratica commerciale consistente nel pubblicizzare sconti o vendite stracciate giustificandole per fallimento o cessata attività dell'esercizio commerciale. In proposito si veda PI4755, provv. n. 14307 del 12 maggio 2005, in Boll. 19/2005 (*Società Svendita Fallimentare*), in cui l'Autorità Antitrust ha riconosciuto l'ingannevolezza del messaggio promozionale che è formulato, anche graficamente, in modo tale che "agli occhi dei destinatari – ivi compresi i consumatori non necessariamente dotati di una specifica preparazione di materia fallimentare – viene percepito come un invito a partecipare ad un evento nel corso del quale avrà luogo una specifica vendita di beni provenienti da un fallimento che consentirà l'acquisto di capi di abbigliamento a prezzi significativamente scontati". Così PICA T., *op. cit.*, p.170-171.

l'immediata percepibilità delle condizioni di fruizione dell'offerta promozionale pubblicizzata".¹²⁵

e) la necessità di manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto; si tratta di una fattispecie già prevista dall'art. 133 c.2, c. cons., volta a combattere la pratica di invogliare l'acquirente a stipulare contratti di garanzia con cui il professionista si impegna a fornire prestazioni sostanzialmente identiche a quelle da lui dovute per legge. In tal modo, inoltre,

¹²⁵ Cfr. tra gli altri PI2828 provv. n. 8445 del 28 giugno 2000, in Boll. 26/00 (*Tariffe Tele2*); PI3030, provv. n. 9058 del 21 dicembre 2000, n. 51-52/00 (*Omnitel Casacard*).

Altri esempi possono ravvisarsi nel settore dei trasporti, come ad esempio nell'ambito del trasporto aereo, con riferimento al quale si veda, tra gli altri, PS452, provv. n. 18830 del 4 settembre 2008, in Boll. n. 33/2008, in cui l'Autorità Antitrust ha sanzionato la società Meridiana per pratiche commerciali scorrette realizzate mediante plurime condotte che integravano autonome ipotesi di azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, *lett. b) e d)*, c. cons. In particolare, una prima fattispecie di azione ingannevole riguarda la scomposizione della tariffa e gli elementi di costo rimborsabili e il *fuel surcharge* (supplemento carburante). Un seconda pratica attuata dalla suddetta compagnia aerea riguarda le modalità di adesione alla polizza assicurativa facoltativa che scatta attraverso un meccanismo di silenzio-assenso. L'Antitrust ha rinvenuto in tale modalità di adesione alla polizza una pratica idonea ad ingenerare confusione nel consumatore che non sia intenzionato all'acquisto di detto servizio, inducendolo erroneamente a ritenere che esso sia indispensabile per poter procedere all'acquisto di un servizio senza aver pienamente compreso la sua natura accessoria e, di conseguenza, aver effettuato una scelta consapevole al riguardo.

Ancora, ulteriori esempi possono rintracciarsi nel settore dell'energia, oggi caratterizzato, in seguito alla recente liberalizzazione del mercato e conseguente ingresso di numerosi nuovi operatori, da un'elevata contendibilità della clientela nonché da una notevole asimmetria informativa tra fornitori e consumatori. A tal proposito si veda PS91, provv. n. 19223 del 13 novembre 2008, in Boll. 45/2008 (*Prezzi Bloccati Elettricità*) in cui l'Antitrust ha deliberato che le società Enel Energia, Eni, Acea Electrabel Elettricità, AEM Energia, ASM Energia e Ambiente, Trenta, Enia Energia, MPE Energia e Italcogim Energie hanno attuato pratiche commerciali scorrette nelle modalità di pubblicizzazione dei prezzi praticati nel mercato libero dell'energia e del gas, ed ha irrogato sanzioni per un ammontare complessivo di 1,275 milioni di euro.

Più in generale, con riferimento ai messaggi illustranti le tariffe l'Autorità ha spesso ricordato nelle sue decisioni che il suo orientamento sul punto è conforme a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ossia che l'indicazione della tariffa deve includere ogni onere economico gravante sul consumatore, il cui ammontare sia determinabile *ex ante*, o presentare, contestualmente e con adeguata evidenza grafica e/o sonora, tutte le componenti che concorrono al computo del prezzo, al fine di render chiara e compiuta l'informazione fornita al consumatore. Più in particolare, nel caso in cui il messaggio pubblicitario ricorra ad una scomposizione in tariffa base e supplementi che devono essere sommati alla prima, deve essere in ogni caso garantita ai potenziali destinatari del messaggio la possibilità di percepire in maniera precisa e sufficientemente immediata il prezzo finale. Così PICA T., *op. cit.* p.170 - 171.

Ed ancora è riconducibile alla fattispecie in esame la c.d. prassi ingannevole dei "finti omaggi", consistente nell'illustrare un prodotto come gratuito, o comunque privo di ulteriori oneri aggiuntivi, mentre per ritirare o farsi recapitare il bene il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al costo che era stato indicato nel *claim* del messaggio. Così PARROTTA D., *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida dir.*, 39/2007, p. 35.

Infine, pratiche ingannevoli ai sensi dell'art. 21, c. 1, *lett. d)*, c. cons. sono anche i servizi di astrologia o di vincite telefoniche. In tal senso si veda DONA M., *op. cit.*, p. 31 e nota 47.

si estende la tutela del consumatore alla fase di esecuzione del contratto o alle successive prestazioni riguardanti la manutenzione del bene scambiato.

Anche queste sono ipotesi particolarmente rilevanti nella prassi, in quanto la necessità di manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto sono elementi che concorrono, in maniera spesso determinante, all'assunzione della decisione finale da parte del consumatore. Tuttavia accade frequentemente che i messaggi pubblicitari, o le informazioni contenute a margine, possono essere costruiti in modo idoneo a generare nel destinatario la convinzione che sia compreso nell'imperdibile prezzo il servizio di riparazione o sostituzione, oppure che si tratti di un bene non soggetto a cure particolarmente impegnative, mentre, in realtà, per il suo impiego e la sua manutenzione si devono affrontare costi tali che se fossero stati resi noti nella comunicazione, avrebbero fatto propendere per una decisione diversa.

O ancora, si pensi al caso in cui viene dichiarato che i pezzi di ricambio sono di facile reperimento, quando, invece, i servizi di ricambio o riparazione del prodotto non sono disponibili nella città, regione o Stato membro, in cui il bene è stato acquistato.

Altro esempio è quello di aziende che si proclamano centri autorizzati di assistenza o di sostituzione dei pezzi di ricambio, contrariamente al vero, attraverso l'uso dell'immagine del marchio registrato della casa di produzione del bene sull'insegna o nei messaggi pubblicitari della ditta.

Infine si pensi alla vendita a prezzi vantaggiosi di beni i cui pezzi di ricambio non sono più prodotti.¹²⁶

f) la natura, le qualifiche ed i diritti del professionista o dei suoi ausiliari¹²⁷, quali l'identità¹²⁸, il patrimonio, le capacità, lo *status*, il

¹²⁶ Così PICA T., *op. cit.* p. 173.

¹²⁷ L'ingannevolezza con riferimento alla "natura" del professionista, ricorre nell'ipotesi in cui il consumatore sia portato a credere che l'impresa abbia una precisa diffusione di sedi sul territorio non rispondente al vero, o nel caso in cui, pur essendo inesistenti i dati concreti che ne diano testimonianza, il messaggio descrive l'operatore professionale come il "leader" del suo settore.

Le qualifiche del professionista sono fonte di inganni soprattutto nell'ambito dei titoli accademici. Si vedano a tal proposito PI5199B, provv. n. 16493 del 15 febbraio 2007, in Boll. 7/2007 (*Università Ambrosiana*); PI5421, provv. n. 16366 dell'11 gennaio 2007, in Boll. 2/2007 (*Luses – Libera degli Studi Economici e sociali*). Così PICA T., *op. cit.* p. 173.

¹²⁸ A tale riguardo si pensi alla pratica fondata su messaggi che lascino intendere, contrariamente al vero, che il professionista non stia agendo nell'esercizio della sua attività

riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti.¹²⁹

In particolare, l'ingannevolezza con riferimento alla "natura" del professionista ricorre nell'ipotesi in cui il consumatore sia portato a credere che l'impresa abbia una precisa diffusione di sedi sul territorio non rispondente al vero, o nel caso in cui, pur essendo inesistenti i dati concreti che ne diano testimonianza, il messaggio descrive l'operatore professionale come il "leader" del suo settore, mentre le qualifiche del professionista sono fonte di inganni soprattutto nell'ambito dei titoli accademici.¹³⁰

g) i diritti del consumatore, tra cui quelli dell'art. 130 c. cons..¹³¹ Si tratta di una pratica che sfrutta la scarsa informazione che purtroppo tutt'oggi persiste fra i consumatori, in quanto la maggior parte di essi non è a conoscenza dei diritti del consumatore a causa di un'educazione¹³² e di un'informazione¹³³ che trovano ancora piena realizzazione.

commerciale, industriale, artigianale o professionale, o che in realtà esso sia un consumatore. Cfr. PARROTTA D., *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida dir.*, 39/2007, p. 32.

¹²⁹ La pratica ingannevole potrebbe consistere nei *premi o nei riconoscimenti* vantati dal professionista, che però non sono più validi. Così in PI5597, provv. n. 16805 del 4 maggio 2007, in Boll. 18/2007 l'AGCM ha ritenuto il messaggio pubblicitario, che esordiva con la citazione "Ente di Promozione sportiva riconosciuto dal CONI e dal Ministero dell'Interno", è in grado di orientare indebitamente le scelte dei consumatori sull'ente di promozione sportiva al quale rivolgersi in quanto, riproducendo il logo del CONI e menzionando titoli e riconoscimenti non più validi, non consente una consapevole determinazione del comportamento economico dei destinatari. Così PICA T., *op. cit.* p. 174.

¹³⁰ Si vedano a tal proposito PI5199B, provv. n. 16493 del 15 febbraio 2007, in Boll. 7/2007 (*Università Ambrosiana*); PI5421, provv. n. 16366 dell'11 gennaio 2007, in Boll. 2/2007 (*Luses – Libera degli Studi Economici e sociali*). Così PICA T., *op. cit.* p. 173.

¹³¹ Su tale lacuna formativo-informativa si insinua il messaggio pubblicitario, o la "finta rassicurazione" del professionista che ad esempio descrive l'offerta in modo tale da far sembrare che i due anni di garanzia del bene siano un vantaggio che il consumatore può avere soltanto se acquista quel prodotto presso quel rivenditore. Il messaggio ingannevole, insomma, li rappresenta come quel valore aggiunto, quell'ulteriore prestazione eccezionale, che rende l'offerta particolarmente vantaggiosa, mentre in realtà si tratta del termine ordinario previsto dalla legge (art. 132, c. 1, c. cons.) per la garanzia del bene che è sempre dovuta al consumatore. Al più, alla garanzia legale biennale il produttore può aggiungere, e descrivere come un elemento tipico della propria promozione, una garanzia ulteriore, la quale non sostituisce, ma affianca quella legale, ossia la garanzia "convenzionale". Ma anche con riferimento alla garanzia convenzionale va evidenziato che l'art. 128, c. 2, *lett. c*), c. cons., definisce la garanzia convenzionale come un impegno assunto dal produttore, o dal venditore, nei confronti del consumatore senza costi supplementari.

¹³² Il diritto all'educazione implica, accanto ad un'informazione che renda il consumatore conscio degli strumenti in suo possesso per leggere in maniera istruita gli accessori dell'offerta che devono essere considerati al fine di una decisione consapevole, che tenga conto delle reali caratteristiche del prodotto e della sue funzionalità, cioè un'attività formativa. In proposito è stato precisato in dottrina che il diritto all'educazione è finalizzato ad "educare il consumatore in senso più "attivo", rendendolo consapevole" dei suoi diritti e delle potenzialità insite in ogni

Per quanto concerne l'attività nell'ambito della quale possano essere diffuse informazioni rilevanti ai fini della disciplina, essa risulta individuata attraverso la nozione di professionista, così come di pratica commerciale. Dunque, come già in applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole, ne restano fuori la pubblicità sociale, la propaganda religiosa o politica, la comunicazione istituzionale dell'impresa.¹³⁴

L'art. 21, comma 2 c. cons.¹³⁵ prevede che è altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta e tenuto conto di tutte le circostanze, lo induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Tale pratica può consistere in una qualsiasi attività di *marketing* del bene negoziato ingenerante confusione con beni, marchi, ditta, ragione e denominazione sociale o con altri segni distintivi di un concorrente,

sua azione e scelta, che deve essere fatta con cognizione di causa: così ROSSI CARLEO L., *sub art. 4*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 118 ss.

Inoltre, è stato evidenziato che diviene sempre più stretto il legame tra educazione e informazione. In particolare l'educazione "si distingue dalla semplice messa a disposizione di una serie di dati e trova la sua specificità nella interpretazione critica che consente di trasformare l'informazione in conoscenza, superando la semplice dilatazione di meccanismi legati alla possibilità di una consultazione ripetuta e diretta di una serie di dati e favorendo una crescita partecipativa anche da parte di un non professionista, aiutato ad uscire dal suo analfabetismo": ancora ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 349 ss.

¹³³ Con riferimento al ruolo centrale dell'informazione nella tutela del consumatore, nonché nell'ambito del passaggio dalla mera comunicazione commerciale fino alle pratiche commerciali sleali e alla disciplina della direttiva 2005/29/CE, si veda ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p.1 ss.

¹³⁴ MELI V., *op. cit.*, p. 104.

¹³⁵ **Art. 21, c. 2-3-4 c. cons.:** "2. E' altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o e' idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

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

b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

3. È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

4. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza."

oppure nel mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che egli si è obbligato a rispettare, sempre che la regola violata riguardi un impegno inequivocabile.

Sempre ai sensi dell'art. 21, inoltre, si considera scorretta la pratica commerciale che, “riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza” (c. 3), nonché la pratica commerciale che “in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza” (c. 4).

A ben vedere in questi casi siamo in presenza non di autentiche pratiche ingannevoli, ma di condotte attentatrici alla salute dei consumatori.¹³⁶

In particolare, la fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 21 non rientra tra le azioni ingannevoli di cui all'art. 6 della direttiva 2005/29/CE, ma è la riproduzione del previgente art. 24 c. cons., in cui la pubblicità dei prodotti pericolosi ha ricevuto lo stesso trattamento giuridico della pubblicità ingannevole, sul presupposto della idoneità della mancata indicazione dei rischi connessi all'uso di un prodotto a produrre un pregiudizio economico al pari della pubblicità ingannevole.

Anche la fattispecie di cui al comma 4 dell'art. 21, c. cons., non è prevista dall'art. 6 della direttiva, ma costituisce una parziale trasposizione dell'art. 6, del d. lgs. 25/1/1992, n. 74 (quindi dell'art. 25 c. cons. nel testo originario non ancora modificato dal d. lgs. 2/8/2007, n. 146).

La disciplina dell'azione ingannevole introdotta dal d. lgs. 146/2007 nel nuovo art. 21, comma 1, c. cons., ha ripreso la *ratio* e la definizione di ingannevolezza che avevano costituito il cuore del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74¹³⁷, decreto con il quale era stata attuata in Italia la normativa comunitaria contro i messaggi pubblicitari ingannevoli, che anche solo potenzialmente sono in grado di influenzare le scelte economiche dei destinatari.

Nella disciplina della pubblicità ingannevole, quindi, la “ingannevolezza” presupponeva oltre ad un giudizio sul potenziale effetto della comunicazione

¹³⁶ CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 222.

¹³⁷ PICA T., *op. cit.*, p. 163.

falsa, lacunosa, ambigua nella sfera cognitiva del consumatore, ossia sull'induzione ad un'errata rappresentazione della realtà, un giudizio sull'altrettanto potenziale effetto nella sfera decisionale del consumatore, cioè l'idoneità dell'errore ad indurre l'assunzione di decisioni di carattere economico.

Ciò aveva portato la dottrina a chiedersi, in un primo momento, se il potenziale "pregiudizio" andasse interpretato come possibilità di induzione del consumatore ad assumere scelte patrimonialmente dannose, ovvero come neutra possibilità di influenzare le sue scelte di acquisto. In altre parole, ci si chiedeva se l'inganno per rilevare dovesse prestarsi a provocare un acquisto a condizioni meno vantaggiose o di prodotti di qualità inferiore alle attese suscitate dal messaggio, oppure se fosse sufficiente l'idoneità dell'inganno ad alterare comunque la formazione della volontà del consumatore, facendogli assumere decisioni diverse da quelle che, presumibilmente avrebbe preso in assenza del messaggio pubblicitario ingannevole.¹³⁸ Comunque, sin dalle sue prime pronunce l'Autorità ha dato un'interpretazione del requisito *de quo*, condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa, in senso neutro, escludendo ogni coincidenza tra "pregiudizio" e "danno patrimoniale".¹³⁹

La nuova disciplina ha risolto il problema interpretativo, delineando in maniera chiara un "*illicito di pericolo*"¹⁴⁰: non è infatti necessario che la pratica abbia prodotto il proprio effetto lesivo, cioè l'induzione del

¹³⁸ MELI V., *op. cit.*, p. 106 ss.

¹³⁹ A tale riguardo si vedano la Relazione annuale sull'attività svolta nel 1992 quella sull'attività svolta nel 1994, nonché, per quanto concerne la giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Lazio, sez. I, 9 dicembre 2004, n. 15301/04, De Agostini Mailing; 13 ottobre 2003, 8316/03, Vestro III; 13 ottobre 2003, n. 8304/03, Vestro II; 2 agosto 2002, n. 6927/02, Fina Italiana- Sconti carburante; 7 settembre 2001, n. 7288/01, Selezione Concorso 51; 3 aprile 2000, n. 2667/00, Offerta Gestioni & Gestioni.

¹⁴⁰ MELI V., *op. cit.*, p. 94; in senso sostanzialmente conforme anche PARTISANI R., *Le azioni ingannevoli*, sub art. 21, in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da FRANZONI M., Torino, 2008, p. 89-90, il quale evidenzia che "la nuova normativa comunitaria non assolve alla mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate dalle pratiche commerciali ingannevoli agli interessi del consumatore, ma si colloca su di un più avanzato fronte di prevenzione, tendendo ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici, talché possa sanzionarsi la informazione mendace anche solo potenzialmente idonea a ledere la libertà di autodeterminazione del consumatore (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 4 maggio 2006, n. 3214). Nello stesso senso si esprime anche FRIGNANI A., *Pratiche commerciali scorrette ed assicurazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 3/2010, p. 728, secondo il quale "L'uso del referente 'idoneità' sta ad indicare che si tratta di un illecito di pericolo e non di un illecito di danno."

consumatore “ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” ma solo che essa sia idonea a produrlo. Tale indicazione, contenuta negli artt. 18, *lett. e*), 21 e 22 c. cons., è chiaramente coincidente con l’interpretazione neutra del “pregiudizio al comportamento economico”.

È stata, quindi, codificata una tutela contro le pratiche commerciali ingannevoli, di natura “preventiva”, in quanto sancisce la libertà dei destinatari delle informazioni commerciali di autodeterminarsi al riparo da ogni possibile influenza, sia pure indiretta, che anche solo sul piano teorico possa limitarne l’autonomia decisionale ed influire sulle loro scelte economiche.

Per tali ragioni è stato giustamente evidenziato in dottrina¹⁴¹ che nella materia in esame manca una trasposizione dei principi che governano l’illecito civile, in quanto, come si è detto, la pratica commerciale scorretta non presuppone un danno patrimoniale da risarcire, non occorrendo che, per effetto della scelta compiuta, il consumatore subisca un esborso (danno emergente) o un mancato profitto (lucro cessante).

A rilevare è la sua influenza sull’agire del consumatore, ovvero il condizionamento della libertà del consumatore di valutare, scegliere e decidere, dal quale sia derivata, o possa derivare, quale conseguenza immediata o diretta, l’adozione di una decisione discordante, incoerente con la sua condotta normalmente razionale, avveduta ed informata, nonché con lo scopo da lui perseguito e che ha dato origine al suo rapporto con il professionista.

Con riferimento alle azioni ingannevoli è, poi, evidente la possibilità del consumatore vittima del raggio di invocare l’applicazione degli artt. 1439 e 1440 c.c..¹⁴²

Partendo dai principi generali previsti in materia di dolo, dunque, al fine di verificare la natura illecita (o sleale) di una pratica commerciale, si deve preliminarmente verificare la sussistenza del cd. nesso causale tra la falsità della notizia e il convincimento del consumatore all’adozione della decisione di natura commerciale.

¹⁴¹ PARTISANI R., *op. cit.*, p. 90, e PICA T., *op. cit.*, p. 164.

¹⁴² CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 212 ss.

A questo punto, ci si deve chiedere se la disciplina relativa alle azioni ingannevoli si riferisca al solo dolo determinante, oppure se ricomprenda anche il dolo incidente.

Il dato normativo definisce ingannevole una pratica quando il consumatore, per effetto dell'inganno, abbia assunto una decisione che “*non avrebbe altrimenti preso*”. È evidente il richiamo alla nozione di dolo determinante di cui all'art. 1439 c.c..

A prima vista sembrerebbe che il legislatore abbia voluto escludere il cd. dolo incidente, facendo esclusivo riferimento al dolo determinante, in quanto non avrebbe stimato sufficientemente allarmante l'attività fraudolenta concretantesi nel dolo incidente.

Per rispondere a questo quesito è necessario verificare se il legislatore dell'attuazione fosse o meno tenuto a circoscrivere l'area di operatività delle azioni ingannevoli alla fattispecie d'illecito descritto dalla direttiva 2005/29/CE, oppure se allo scopo di assicurare l'effettività della protezione dei consumatori, che è uno scopo perseguito dalla direttiva, avrebbe potuto estendere la tutela anche alla fattispecie in cui la pratica scorretta, pur non essendo *causam dans* del consenso del consumatore, finisse comunque con l'incidere su di esso modificando il contenuto della volontà che si sarebbe lo stesso formata ma in termini diversi.

La risposta al quesito può essere ravvisata all'interno della stessa direttiva e della successiva disciplina italiana di recepimento.

Infatti dalla definizione di “decisione di natura commerciale” di cui all'art. 18 *lett. m)* c. cons., sulla cui base va interpretato il successivo art. 21, emerge che essa concerne non solo il “se” del contratto, ma anche il “come”, e cioè “a quali condizioni” concludere l'affare.¹⁴³

¹⁴³ Ai sensi dell'art. 18, lett. m), c. cons. si considera *decisione di natura commerciale* “una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla”. Nel senso che tale definizione consente di sostenere che la potenziale induzione ad una decisione di natura commerciale non riguarda solo l'*an* della scelta, ma anche tutte le condizioni alle quali essa può essere effettuata, vedi CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 211, e MELI V., *op. cit.*, p.107.

Leggendo l'art. 21, c.1, c. cons. alla luce di tale definizione, si può concludere che è ingannevole la pratica commerciale capace di indurre il consumatore sia a concludere un contratto che non avrebbe altrimenti stipulato, sia ad inserire nel regolamento contrattuale una clausola che non avrebbe incluso, o semmai avrebbe accettato a condizioni diverse in assenza dell'inganno.

Quindi si può concludere che costituisce azione ingannevole tanto il dolo determinante (art. 1439 c.c.) quanto quello incidente (art. 1440 c.c.).

In estrema sintesi si può dire che il legislatore comunitario con la disciplina *de qua* ha voluto contrastare la pratica disonesta in quanto tale, a prescindere dalla sua sussumibilità sotto l'una o l'altra delle categorie di dolo elaborate dalla dottrina.

La trasmissione di notizie menzognere, dunque, costituisce attività illecita indipendentemente sia dal suo inquadramento nel dolo determinante o nel dolo incidente, sia dall'estremo dell'*animus nocendi*.¹⁴⁴

Dall'esame della norma in tema di azioni ingannevoli emerge, poi, l'ulteriore questione se integri o no un'azione sleale il cd. *dolus bonus*, ossia le generiche vanterie o l'iperbolica esaltazione della propria prestazione, inidonee ad ingannare il consumatore di media diligenza, ma che, in concreto, abbia fatto cadere in errore un consumatore sprovvisto e non attento.

A tal fine è necessario coniugare gli approdi della dottrina in tema di *dolo buono* (o dolo tollerato) con le indicazioni emergenti dal testo normativo.

In generale può dirsi oggi superata la tesi tradizionale dell'irrilevanza del *dolus bonus*, fondata sull'idea che rilevi come dolo soltanto la condotta obiettivamente idonea ad ingannare una persona di normale avvedutezza, mentre il *dolus bonus*, appunto per le sue caratteristiche di millanteria ed esagerazione grossolane ed evidentemente esagerate, sarebbe del tutto inidoneo a far cadere in errore il contraente sufficientemente avveduto ed attento, non essendo eventualmente rilevante la circostanza che la controparte

¹⁴⁴ Il fondamento oggettivo della responsabilità che nasce nel corso delle trattative è riconosciuto da una parte della dottrina: v. TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, 238 ss.

sia stata concretamente ingannata solo perché particolarmente “credulona e sprovveduta”.¹⁴⁵

La tesi tradizionale, infatti, secondo l’opinione oggi diffusa, contrasta con la *ratio* della regola che, nel fissare i requisiti di rilevanza dell’errore, non contempla fra essi la scusabilità.

In particolare non si capisce perché dovrebbe ricevere tutela chi cade spontaneamente in errore per propria deficienza, e non riceverla chi per propria deficienza cade nell’inganno altrui.

Perciò si sostiene che il dolo rileva in quanto tale, essendo sufficiente, al fine della sua sussistenza, l’esistenza effettiva di un nesso di causalità tra il “raggiro” e l’errore in cui cade la controparte ed essendo, viceversa, irrilevante l’obiettiva idoneità dell’inganno, valutata con riferimento a parametri impersonali ed astratti, quali il consumatore mediamente accorto.¹⁴⁶

Va, tuttavia, evidenziato che non qualsiasi vanteria può essere considerata come integrante il presupposto per l’annullabilità del contratto per vizio del consenso, in quanto, ad esempio, appaiono quasi sempre prive di rilievo giuridico le affermazioni basate su canoni di valutazione personali, insuscettibili di riscontro oggettivo.¹⁴⁷

Pertanto, il dolo, rilevando in sé e per sé, dovrebbe suscitare la disapprovazione dell’ordinamento perché nel singolo caso concreto ha tratto in errore la vittima del raggiro. La variabile del grado di vulnerabilità della “vittima” del raggiro diventa irrilevante negli stessi termini in cui non assume significato l’eventuale inescusabilità dell’errore naturale o non provocato.

Con particolare riferimento alle pratiche sleali, tuttavia, sembra emergere un marcato disinteresse verso il *dolus bonus*, dal momento che, tra gli elementi costitutivi la fattispecie, vi è la capacità dell’azione ingannevole di trarre in errore il consumatore medio, il quale si reputa mediamente accorto, e dunque non influenzabile dalle grossolane suggestioni esercitate dall’attività

¹⁴⁵ Per le tesi sul *dolus bonus* vedi ROPPO V., *Il contratto* in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 818 ss.

¹⁴⁶ Cfr. in tal senso ROPPO V., *op. cit.*, p. 819, e CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 204 ss..

¹⁴⁷ Cfr. CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 204 ss.

propagandistica manifestamente esagerata e quindi certamente priva di qualsiasi ragionevole attendibilità.

Inoltre il legislatore, all'art. 20 c. 3, c. cons., analogamente a quanto emerso in giurisprudenza con riguardo alla c.d. "pubblicità iperbolica", chiarisce espressamente che non può considerarsi illegittima la prassi, peraltro molto diffusa in ogni settore imprenditoriale e/o professionale, "... consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera ...", e che, pertanto, incidono legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori senza, però, limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole.¹⁴⁸

Proseguendo nell'analisi della disciplina delle pratiche ingannevoli va rilevato che l'art. 21, in conformità alla nozione civilistica del dolo, pur non facendo mai menzione del termine, delinea condotte menzognere, idonee a trarre in errore il consumatore medio. Il legislatore comunitario, cioè, ha sostituito la categoria del dolo con quella delle azioni ingannevoli.¹⁴⁹

Ci si deve, perciò, interrogare sul rapporto sussistente tra il tradizionale vizio del consenso che è causa di annullamento del contratto e la nuova disciplina di origine comunitaria.

Rinviandosi sul punto a quanto si dirà nel quarto capitolo del presente lavoro può ora sinteticamente evidenziarsi che con riferimento al dolo-vizio è diffusa in dottrina la tesi secondo la quale esso ha come presupposto la coscienza e volontà dell'azione illecita o, quanto meno, la sua rappresentazione (dolo eventuale).¹⁵⁰

Si reputa, cioè, che per integrare gli estremi del dolo determinante o del dolo incidente sia necessario che il raggiro si elevi a causa determinante

¹⁴⁸ Cfr. a tale riguardo anche il *considerando* n. 6 della direttiva 2005/29/CE secondo il quale "La presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole."

¹⁴⁹ CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 204 ss.

¹⁵⁰ Cfr. in tal senso TRABUCCHI A., voce *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. VI, p. 150, il quale afferma che elementi costitutivi del dolo sono: a) il raggiro, cioè un complesso di manovre e di artifici; b) che il raggiro sia opera dell'altro contraente; c) il nesso causale tra i raggiri e la prestazione del consenso; d) l'intenzione di colui che inganna, definito "elemento insito nello stesso concetto di dolo".

l'alterazione del corretto procedimento di formazione della volontà, con la conseguente necessità di accertare, ulteriormente, la sussistenza dell'elemento soggettivo, costituito dall'*animus decipiendi*, ossia dalla coscienza e volontà di distorcere il vero o simulare il falso allo scopo di far cadere in errore la vittima del raggio.¹⁵¹

Contro tale teoria è stato osservato che la nozione civilistica di dolo non deve per forza essere ricompresa nella truffa contrattuale, fattispecie che per definizione è caratterizzata dall'elemento soggettivo dell'*animus decipiendi*.¹⁵²

Infatti, secondo la generale definizione data in diritto civile, per dolo si deve intendere il raggio, ossia la condotta che ha indotto in errore il soggetto passivo della macchinazione, viziandone così il consenso. E ad integrare gli estremi del raggio fonte dell'inganno pare essere sufficiente la colpa, che è ravvisabile quando siano messe in circolazione notizie non veritiere attraverso condotte noncuranti.

A tali conclusioni si può giungere attraverso la corretta individuazione del bene della vita protetto dalla normativa sul dolo vizio, ravvisabile nell'interesse ad una corretta formazione della volontà, a sua volta strumentale all'esercizio dei poteri di piena autodeterminazione e autoresponsabilità.

Ammettendo che la condotta ingannatrice lede l'interesse generale alla formazione della volontà negoziale, si deve necessariamente far ricorso a criteri interpretativi idonei a separare la definizione civilistica di dolo da quella penalistica di truffa. Infatti, può dirsi che l'interesse ad una libera e corretta formazione della propria volontà negoziale è leso sia in presenza della coscienza e volontà dell'inganno da parte del *deceptor*, sia quando l'inganno sia frutto di mera superficialità, e quindi di colpa.

Alla luce di questa ricostruzione, che attribuisce maggiore rilievo all'elemento oggettivo dell'obiettiva idoneità della condotta ad ingannare i terzi, rispetto a quello soggettivo dell'intenzionalità della condotta, per integrare gli elementi strutturali dell'inganno sembra sufficiente la semplice

¹⁵¹ Cfr. TRABUCCHI A., *op. cit.*, pag. 150, il quale ritiene che, per potersi parlare di "intenzione di ingannare è necessaria la conoscenza della falsità delle rappresentazioni che si producono nella vittima, e la credenza che sia possibile determinare con quegli artifici la volontà".

¹⁵² CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 212 ss.

colpa, con la conseguenza dell'annullabilità del contratto a prescindere dall'effettiva conoscenza delle circostanze di fatto, punendo così la mancanza di cautela del soggetto agente.

Ne consegue che la coscienza e la volontà dell'azione ingannatrice finalizzata a trarre in errore la vittima perde la qualifica di elemento costitutivo del dolo nell'accezione civilistica.¹⁵³

La Direttiva 2005/29/CE semplifica la questione, abbandonando la categoria del dolo-vizio e sostituendola, nel campo delle pratiche commerciali sleali, con la fattispecie, neutra sotto il profilo soggettivo, della condotta ingannevole. Tale scelta di politica legislativa, che serve a semplificare il discorso per agevolare l'uniformazione dei diritti nazionali, rafforza in definitiva l'idea di chi nega sotto il profilo soggettivo la necessaria equiparazione del dolo-vizio all'illecito penale *ex art. 640 c.p.*

A tal proposito si sostiene più in generale che, anche aderendo alla tesi più rigorosa secondo la quale la disciplina del dolo contenuta nel codice civile presuppone necessariamente coscienza e volontà del comportamento volto ad ingannare l'altro contraente, l'abbandono da parte della disciplina sulle pratiche commerciali sleali dell'immedesimazione tra il dolo e l'*animus decipiendi*, dovrebbe significare che per integrare la condotta di cui all'art. 21 c. cons. rileva esclusivamente il dato obiettivo della falsa informazione, a prescindere dall'elemento soggettivo.

Accogliendo tale tesi è inevitabile giungere alla conclusione del carattere oggettivo della responsabilità per informazioni ingannevoli, in quanto l'insidia della notizia destinata alla generalità dei consumatori assume la forma del torto tipizzato nella normativa di origine comunitaria, a prescindere dalla dimostrazione da parte del professionista di aver osservato la dovuta diligenza.

¹⁵³ Secondo tale orientamento l'illecito contemplato negli artt. 1439 e 1440 c.c. può essere determinato, quindi, dalla mera negligenza del contraente qualora costui, pur non perseguendo il fine dell'inganno, abbia comunque indotto in errore l'altro contraente a causa della propria noncuranza.

3. Le omissioni ingannevoli

Ai sensi dell'art. 22, comma 1, c. cons. si considera “ingannevole” la pratica commerciale che “nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Art. 22 c. cons.: **Omissioni ingannevoli**

“1. E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o e' idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

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

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

4. Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

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

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

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

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

e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

5. Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto.”

Gli elementi costitutivi della fattispecie sono, quindi, due: l'omissione di informazioni "rilevanti" e l'idoneità dell'omissione ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che, altrimenti, non avrebbe preso. Tale definizione, perciò, dà espressamente rilievo giuridico al dolo omissivo¹⁵⁵, considerando sleale la pratica commerciale che trascuri di rendere note le informazioni la cui esaustiva diffusione sia indispensabile allo scopo di permettere al consumatore di maturare un consenso ponderato.¹⁵⁶

Secondo il dato normativo l'omissione deve essere *causam dans* della decisione consapevole di natura commerciale da parte del consumatore.

Dunque, ci si deve chiedere se il dolo omissivo incidentale rientri o meno nella categoria delle pratiche commerciali sleali.

In proposito secondo la dottrina anche lo sfruttamento, doloso o colposo, della situazione preesistente di errore non provocato dal professionista può essere considerata un'omissione ingannevole.¹⁵⁷ Ciò vuol dire che la mancata illuminazione nei confronti dei consumatori i quali già versino nella condizione di ignoranza costituisce condotta combattuta dalla normativa in esame.

Pertanto, la sleale "*chiusura del canale informativo*",¹⁵⁸ che incrementa l'ignoranza della vittima della condotta scorretta, può essere ravvisata quando induca la vittima stessa alla conclusione di un contratto che non avrebbe mai stipulato oppure a concluderlo a condizioni diverse rispetto a quello che avrebbe accettato nel caso in cui fosse stato reso edotto delle circostanze chiarificatrici in quanto fondamentali ai fini della corretta rappresentazione della realtà.

¹⁵⁵ In giurisprudenza il dolo omissivo è causa di annullamento, ex art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a trarre in inganno l'altro contraente (*deceptus*) determinandone l'errore. È, infatti, opinione consolidata che il silenzio e la reticenza non presentino di per sé alcuna attitudine ingannatoria, poiché essi si limitano a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente. (cfr. Cass. 9253/2006).

¹⁵⁶ Un esempio di ingannevolezza sotto tale profilo può essere ravvisata quando la pubblicità di automezzi a prezzi inferiori a quelli praticati dai concessionari sia realizzata tacendo che le vetture vendute dagli importatori paralleli sono dotate di un minor numero di accessori. (CG 16-1-1992, in C-373/90).

¹⁵⁷ Cfr. CALVO R., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 22, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Padova, 2010, 163.

¹⁵⁸ CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1/2007, p. 73.

Una pratica commerciale è “altresì” considerata scorretta, ai sensi del comma 2 dell’art. 22, c. cons., quando, tenuto conto degli aspetti indicati al comma 1, il professionista occulti o fornisca in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo, informazioni essenziali, oppure ometta di indicare l’intento commerciale della pratica stessa, ove questi elementi non emergano dal contesto, nonché, in entrambe le ipotesi, ciò induca o possa indurre il consumatore medio a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso o che avrebbe assunto a condizioni diverse.

Quest’ultima disposizione individua due condotte certamente diverse tra loro, in quanto la prima, che consiste nell’occultamento o oscuramento dell’informazione, certamente non è riconducibile al dolo omissivo poiché si fonda su un *facere*: occultare, infatti, significa attuare degli accorgimenti per nascondere l’informazione; la seconda, che consiste nell’omissione della enunciazione della finalità commerciale della pratica rientra, invece, nella categoria del dolo omissivo.

In particolare occultare significa porre in essere un comportamento finalizzato a nascondere determinate informazioni oppure l’informazione è sì divulgata, ma in maniera tale da sfuggire all’attenzione del consumatore medio proprio in ragione degli accorgimenti usati dal professionista. Un esempio può essere ravvisato nell’ipotesi in cui un’informazione idonea a condizionare o determinare il consenso del consumatore è riportata all’interno del contratto o del messaggio pubblicitario con caratteri grafici di dimensioni ridotte rispetto alle restanti clausole, così da ridurre l’attenzione del consumatore su tali previsioni.

Ed ancora il professionista può indurre in errore il consumatore utilizzando, ad esempio, un linguaggio tecnico o un lessico comprensibile solo per gli “iniziati” oppure può riportare le clausole in maniera sconnessa o disorganica, allo scopo di creare confusione. La confusione, così creata, a sua volta genera il cd. “effetto sorpresa”, che diviene percepibile quando il consumatore, resosi conto tardivamente del reale contenuto contrattuale, è ormai vincolato ad obbligazioni diverse rispetto a quelle che si era inizialmente rappresentato.

È, invece, riconducibile alla categoria del raggiro per omissione la mancata illustrazione della natura commerciale della pratica posta in essere dal professionista, sempre che tale natura non fosse comunque conoscibile dal consumatore medio. Casi emblematici delle suddette condotte sono la pubblicità indiretta ed occulta.¹⁵⁹

Emerge dunque l'interesse del consumatore a percepire senza nessuna difficoltà l'obiettivo pubblicitario del messaggio o della campagna informativa, in quanto l'inganno si può ravvisare anche nell'ipotesi in cui l'attività promozionale sia ad esempio simulata da servizi giornalistici il cui vero fine è diretto a rafforzare in modo subdolo la diffusione commerciale del bene o servizio in oggetto.

Ai sensi dell'art. 22, comma 3, c. cons., nel giudizio sulla sussistenza dell'azione ingannevole si deve tener conto delle limitazioni di spazio o tempo del mezzo di comunicazione usato a fini propagandistici, nonché di ogni misura ulteriore adottata dal professionista al fine di rendere le informazioni accessibili ai consumatori.

In proposito è stato osservato che il legislatore comunitario, e quello nazionale in sede di recepimento, hanno perfettamente compreso che la condotta scorretta è nella specie qualificata dal fatto di essere realizzata non attraverso sporadiche trattative individuali, ma attraverso tecniche di comunicazione impersonali, che coinvolgono quindi una quantità indeterminata di soggetti destinatari della promozione.¹⁶⁰ È, perciò, necessario che l'interprete valuti in quale misura il professionista sia riuscito a contemperare le esigenze informative e di trasparenza con le particolarità del mezzo di comunicazione usato. Così, ad esempio, la pubblicità radiofonica sembra meno adatta a consentire la completezza dell'informazione rispetto a quella realizzata sui giornali o per via telematica. In tal caso, quindi, si dovrà tenere conto delle informazioni ulteriori che il professionista ha messo a

¹⁵⁹ Per gli esempi fatti si veda CALVO R., *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 223 ss.

¹⁶⁰ CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 226.

disposizione dei consumatori per compensare il deficit informativo dovuto ai limiti del mezzo di comunicazione usato.¹⁶¹

Il comma 4 dell'art. 22 contiene un elenco delle “informazioni rilevanti”, necessarie affinché il consumatore medio possa ponderare la scelta dell'acquisto, che il professionista deve rendere non in ogni comunicazione pubblicitaria, ma soltanto in caso di invito all'acquisto, una fattispecie definita dall'art. 18, lett. i), c. cons.

Si tratta di un elenco di informazioni, a carattere esemplificativo, utili ad evitare l'effetto a sorpresa che si verifica quando il consumatore si ritrova con un regolamento negoziale composto di clausole diverse da quelle presupposte, riguardanti i seguenti elementi:

- a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;
- b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, quale la sua denominazione sociale e, quando questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;
- c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;
- d) le modalità di pagamento e consegna, nonché d'esecuzione e trattamento dei reclami quando difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

¹⁶¹ MANCINI A., *Omissioni ingannevoli sub art. 22*, commi 1 e 2, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, p. 193, il quale, in relazione a tale profilo, evidenzia che secondo un orientamento consolidato dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa, il rinvio ad altre fonti di informazione non è, di per sé, sufficiente a sanare l'omissione, in quanto il consumatore non necessariamente consulterà tali fonti prima di assumere le proprie determinazioni. Pertanto, occorre valutare caso per caso, se il rinvio alla fonte informativa richiamata, per le modalità complessive di presentazione della comunicazione commerciale, sia idoneo o meno a sanare la carenza informativa.

e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

Sul piano degli obblighi informativi la direttiva 2005/29/CE offre ai consumatori una tutela generale e sussidiaria, operando, quindi, soltanto laddove non esista una legislazione di settore a livello comunitario che vieti ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Perciò, si devono considerare altrettanto rilevanti, ai fini del divieto delle omissioni ingannevoli, tutte le informazioni dovute in adempimento di obblighi previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto, nei settori previsti nell'Allegato II alla direttiva stessa, tra cui, ad esempio, quello in materia di contratti a distanza, di viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso, di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.¹⁶²

L'art. 23 c. cons. enumera ventitré pratiche considerate in ogni caso ingannevoli, a prescindere dalle circostanze in cui si sono svolte.

Si tratta di una vera e propria "lista nera" di condotte di per sé vietate, a prescindere dall'attitudine decettiva, che ricalca pedissequamente il dettato dell'allegato I della direttiva.

Tale elenco ha carattere tassativo, in considerazione del carattere di armonizzazione "completa" perseguito dalla direttiva 2005/29/CE, con la conseguenza che i suoi contenuti non possono essere modificati, ovvero ridotti o ampliati, da parte dei legislatori nazionali.¹⁶³ Tale principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di giustizia CE con diverse pronunce.¹⁶⁴

L'art. 23 c. cons. contiene, quindi, un'elencazione di pratiche commerciali che si possono considerare scorrette *ex se*, senza una valutazione caso per caso

¹⁶² PARTISANI R., *op. ult. cit.*, p. 95 ss.

¹⁶³ La dottrina ha evidenziato che nonostante l'impiego delle c.d. *black lists* sia usuale da parte del legislatore comunitario, quelle contenute, rispettivamente, agli artt. 23 e 26 si caratterizzano non solo per il fatto di essere assistite da una presunzione assoluta di scorrettezza, quanto per il fatto di essere un *numerus clausus* che il legislatore italiano non può più ampliare. Cfr. BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 279.

¹⁶⁴ Cfr. CG 23-4-2009, in C-261/07, VTB-VAB e in C-299/07, *Galatea*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 1059 ss., con nota di DE CRISTOFARO G.; in senso conforme CG 14-1-2010, in C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, pt. 2, p. 41 ss.

e pertanto a prescindere dalla circostanza che la pratica si presti ad essere considerata scorretta ai sensi degli artt. 20-25 c. cons.

La *ratio* di tale disciplina è quella di assicurare una maggior tutela al consumatore, a fronte delle pratiche commerciali reputate più pericolose dal legislatore comunitario.¹⁶⁵

Le pratiche ingannevoli elencate nell'articolo 23 cod. cons. possono essere suddivise fondamentalmente in due gruppi principali, ovvero in pratiche che si fondano “sull'inganno dell'apparenza” (*lettere a-; i; l; n; r, s, h; bb; o; aa*) ed in pratiche che si fondano “sull'ingannevolezza della propaganda” (*lettere e, f, v, p, t, u, z, m, g, q*).

All'interno del primo gruppo, si trovano le pratiche mediante le quali il professionista cerca di carpire il consenso del consumatore, ponendo in essere una condotta lesiva del suo affidamento. Vi rientrano in particolare: l'affermazione falsa del professionista di essere firmatario di un codice di condotta (*lett. a*); l'esibizione di “un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione” (*lett. b*); l'affermazione falsa che “un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura” (*lett. c*); l'affermazione mendace “che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta” (*lett. d*); si tratta, cioè, di pratiche mediante le quali il professionista fraudolentemente collega la propria attività a codici di condotta, marchi, organismi pubblici o privati al fine di guadagnarsi con l'inganno la fiducia del consumatore. Infatti, soprattutto la dichiarazione del professionista di aderire a codici di condotta, è in grado di ingenerare nel consumatore un elevato grado di affidabilità derivante proprio dalla presunzione di adeguamento della condotta del professionista a quella prevista nel codice.¹⁶⁶

¹⁶⁵ GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007, p. 174 ss.

¹⁶⁶ Cfr. LUCCHESI F., *Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità, sub art. 20-23*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento, a cura di G. Vettori*, Padova, 2009, p. 54; CALVO R., *op. ult. cit.*, 210 ss.

Proseguendo con l'elenco delle pratiche che si fondano “sull'inganno dell'apparenza” si trovano quelle che riguardano l'inganno sulla natura del prodotto, cioè le pratiche che violano l'obbligo primario del professionista di adeguare la propria condotta ai requisiti di lealtà previsti dalla clausola generale di buona fede. Il professionista, in questi casi subdolamente sfrutta la sfera emotiva del consumatore, il quale viene così indotto ad acquistare il prodotto per la paura, infondata, di non tutelare la propria salute e quella dei propri cari in casi di mancato acquisto del prodotto. A queste sono ascrivibili, ad esempio, l'affermazione falsa in merito alla liceità della vendita del prodotto o anche il solo comportamento idoneo a creare una tale impressione (*lett. i*), oppure la diffusione di informazioni “inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto” (*lett. n.*).

Rientrano nella fattispecie delle “pratiche basate sull'inganno dell'apparenza” anche le pratiche con le quali il professionista cerca di far leva su consumatori più fragili e deboli, affermando che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte (*lett. r*) oppure dichiarando, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni, malformazioni (*lett. s*); tali previsioni ricalcano la norma prevista nell'articolo 8 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, il quale prevede che “la pubblicità deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura”.¹⁶⁷

Il legislatore prosegue includendo nell'elenco anche le condotte, aventi carattere fraudolento, che fanno esplicito riferimento alla garanzia post-vendita, ossia alla garanzia contrattuale *ex* articolo 133 cod. cons. non a quella legale *ex* articolo 128 cod. cons., come può desumersi dal riferimento al “servizio” offerto al consumatore contenuto nel testo della disposizione, ed, in particolare, quelle con le quali il professionista si impegna a fornire assistenza post-vendita in una lingua diversa rispetto a quella del consumatore, senza preventiva comunicazione (*lett. h*); prospetta i diritti già riconosciuti ai consumatori dalla legge come caratteristica propria dell'offerta da questi

¹⁶⁷ CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 214.

presentata (*lett. l*); oppure nei servizi di scambio transfrontaliero, induca il consumatore a credere che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto (*lett. bb*).

Infine, tra le pratiche ingannevoli fondate sull'inganno dell'apparenza, si trovano quelle che tendono ad incidere sul processo di autodeterminazione del consumatore, generando confusione sulla figura del venditore attraverso la promozione di "un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore" già noto nel mercato "in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che un prodotto è fabbricato dallo stesso produttore" (*lett. o*); comportamenti o dichiarazioni menzognere idonee a far credere al consumatore di non agire "nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" o attraverso la propria presentazione contrariamente al vero, come consumatore al fine di privarlo della tutela riconosciutagli dalla normativa esistente (*lett. aa*).

Passando ora alle "*pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda*" si tratta di quelle pratiche basate su una campagna pubblicitaria fraudolenta.

Tra le pratiche in oggetto vanno annoverate quelle che ingannano il consumatore sul prezzo quale elemento essenziale sul quale si fonda la propaganda del bene, in particolare quelle pratiche con le quali il professionista invita "all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti" (*lett. e*); invita all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente si rifiuta di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, o di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, o ancora si rifiuta di fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto" (*lett. f*); dichiara, "contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà

disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole” (*lett. g*); presenta “un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto” (*lett. v*).

All’interno della categoria delle pratiche commerciali fondate sull’ingannevolezza della propaganda rientrano anche quelle che sono volte ad ingannare il consumatore sulle condizioni di mercato, ovvero quelle mediante le quali il professionista comunica “informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto, allo scopo d’indurre il consumatore all’acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato” (*lett. t*); afferma “in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole” (*lett. u*); include “nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto” (*lett. z*), fattispecie, quest’ultima, rientrante nella più ampia categoria delle cd. “*forniture non richieste*”.

Il legislatore prosegue con il divieto delle pratiche che prevedono la cd. “*vendita piramidale*”, sanzionando come ingannevole la condotta finalizzata ad “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall’entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti” (*lett. p*). Come è noto, tali vendite si concretizzano in vere e proprie “catene”¹⁶⁸ in cui il principale incentivo economico è costituito dal maggior

¹⁶⁸ Cfr. Legge 17 agosto 2005 n.173 (in Gazz.Uff., 2 settembre, n. 204), “*Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*”. L’articolo 5 di questa legge, così come modificato dall’articolo 5 del d. lgs. 146/2007, prevede che “*sono vietate la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l’incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero*

reclutamento possibile di ulteriori venditori, piuttosto che dalla propria effettiva capacità di vendere o promuovere la vendita di beni e servizi.

Infine, si riconducono alla fattispecie delle pratiche commerciali fondate sull'ingannevolezza della propaganda quelle mediante le quali il professionista "salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni", impiega "contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore" (*lett. m*); afferma "contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare" (*lett. q*).

4. Le pratiche commerciali "aggressive"

La sezione Seconda del d. lgs. 146/2007 è dedicata alle "Pratiche commerciali aggressive". Le disposizioni di cui agli artt. 24-26 c. cons. riproducono quasi testualmente il contenuto degli artt. 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE¹⁶⁹, e ripropongono la medesima struttura degli articoli 21-23 c. cons. relativi alle pratiche commerciali ingannevoli.

reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura. È vietata, altresì, la promozione o l'organizzazione di tutte quelle operazioni, quali giochi, piani di sviluppo, "catene di Sant'A.", che configurano la possibilità di guadagno attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone e in cui il diritto a reclutare si trasferisce all'infinito previo il pagamento di un corrispettivo".

L'articolo 7 della Legge 173/2005 prevede le sanzioni applicabili in caso di violazione del divieto di cui all'articolo 5 ossia "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque promuove o realizza le attività o le strutture di vendita o le operazioni di cui all'articolo 5, anche promuovendo iniziative di carattere collettivo o inducendo uno o più soggetti ad aderire, associarsi o affiliarsi alle organizzazioni od operazioni di cui al medesimo articolo, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno o con l'ammenda da 100.000 euro a 600.000 euro.

¹⁶⁹ Cfr. l'art. 8 della direttiva: "Pratiche commerciali aggressive. È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" e l'art. 9: "Ricorso a molestie, coercizione o indebito Condizionamento. Nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti

La differenza tra le due categorie di pratiche consiste nel fatto che qui il mezzo utilizzato dal professionista non è l'inganno, ma l'utilizzo di comportamenti "aggressivi" condizionanti il consenso del consumatore.

Prima dell'entrata in vigore della direttiva, mancava a livello comunitario una disciplina giuridica autonoma delle pratiche commerciali aggressive (v. considerando 11 della direttiva¹⁷⁰), ma l'illiceità di tali condotte trovava comunque una forma minima di tutela nella disciplina prevista dalla direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, essendo esse vietate e punite solo in quanto presentassero le caratteristiche individuate per le pratiche ingannevoli.¹⁷¹ Oggi, invece, il codice del consumo, recependo la direttiva 2005/29/CE, ha provveduto ad una disciplina analitica della pratiche commerciali aggressive, regolando, non solo il comportamento tenuto dal professionista durante la promozione, fornitura o vendita di un prodotto, ma anche le caratteristiche del messaggio pubblicitario che ha come destinatario il consumatore.

La rilevanza e la diffusione di tali pratiche, ha reso, infatti, indispensabile una tutela *ad hoc* contro tali forme "aggressive", idonee a limitare la libera determinazione, negoziale e non, dei consumatori.

Analogamente a quanto disposto in merito alle pratiche commerciali ingannevoli, il legislatore italiano, sulla scia di quello comunitario, ha inserito all'art. 24 c. cons. una disposizione di carattere generale che introduce la nozione di pratica commerciale aggressiva quale *species* del *genus* pratiche commerciali *scorrette*, ed all'art. 25 delle ulteriori specificazioni, alle quali si aggiunge la previsione di un elenco di pratiche commerciali che il legislatore

elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa."

¹⁷⁰ *Considerando 11*: "La presente direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Essa stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario."

¹⁷¹ VILLANI L., in *Codice ipertestuale del Consumo* diretto da M. Franzoni, Torino, 2008, artt. 18-27 *bis*, p.105-106.

nazionale ha considerato in ogni caso aggressive e, dunque, scorrette, contenuto nell'art. 26 c. cons.. Si può, quindi, osservare una gradazione di precetti che segue un criterio di specificazione crescente, dalla regola di principio alla *black list*.

Passiamo ora all'esame della disciplina contenuta negli artt. 24-26 del codice del consumo.

L'art. 24 c. cons.¹⁷² adottando una tecnica "per esemplificazione" e non per definizione¹⁷³, individua tre tipi di condotte del professionista in presenza delle quali è possibile parlare di pratica commerciale aggressiva (*molestie, coercizione o indebito condizionamento*), descrivendone gli effetti diretti, cioè la *considerevole limitazione o idoneità a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto offerto dal professionista*, e indiretti, cioè *l'induzione o l'idoneità ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso*.

Strutturalmente le pratiche aggressive si caratterizzano per il connotato teleologico, ossia il fine cui le pratiche tendono (limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore) e per quello qualitativo, inerente al livello di incisività che le pratiche aggressive devono avere per assumere rilievo (limitare "considerevolmente" la libertà di scelta o di comportamento), nonché per il riferimento al parametro del consumatore medio. L'elemento teleologico e qualitativo devono operare congiuntamente, mentre il riferimento al "consumatore medio" serve da parametro di valutazione della scorrettezza.

Ricorre, dunque, nell'art. 24 c. cons., con l'aggiunta dell'aggettivo "considerevole", il requisito generale, della idoneità a "falsare in misura

¹⁷² L'art. 24 c. cons. dispone che: "È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso."

¹⁷³ CARUSO M.A., *Le pratiche commerciali aggressive*, Padova 2010, p. 85.

apprezzabile il comportamento economico dei consumatori” contenuto nel divieto delle pratiche commerciali scorrette di cui all’art. 20 c. cons..¹⁷⁴

Si possono individuare due elementi comuni a tutte le pratiche commerciali aggressive: uno di carattere strutturale, rappresentato da quegli atti che consistono in molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, ed uno di carattere funzionale, rappresentato dalla capacità della pratica di indurre attualmente o potenzialmente il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Il denominatore comune a tutte le pratiche commerciali aggressive, siano esse conseguenza di molestie, coercizione o indebito condizionamento, è chiaramente quello funzionale.¹⁷⁵

Appare ora opportuno, per meglio comprendere la nozione di pratica commerciale aggressiva, analizzare il significato delle espressioni “molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento”, nonché gli effetti che questi comportamenti hanno sul singolo consumatore e sulla sua libertà di autodeterminazione e di prendere decisioni commerciali.

In realtà il nostro legislatore, come quello comunitario, ha omesso di dare una definizione dei concetti di “molestie” e di “coercizione”, mentre all’art. 18, c. 1, lett. l) c. cons. ha definito la nozione di “indebito condizionamento” definendolo “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”.

Spetta, dunque, all’interprete il compito di interpretare questi tre concetti, compito non semplice in quanto le linee di confine tra le diverse fattispecie non sono sempre chiaramente definibili.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Requisito che si ricollega alla definizione dell’art. 18 c.1, lett. e) secondo cui “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori” vuol dire impiegare “una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”, e che ricorre, sia pure con una formulazione diversa, nell’art. 21, riferito alle azioni ingannevoli.

¹⁷⁵ Cfr. DI NELLA L., *op. cit.*, p. 308, e La Rocca *sub art. 24* in *Codice del consumo*, II edizione, a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, Milano, 2008, p. 141.

¹⁷⁶ Così, ad esempio, le molestie e la coercizione hanno in comune l’elemento della pressione sul consumatore, pur trattandosi di pressioni diverse in quanto la molestia è fine a se stessa,

A tal fine delle utili indicazioni possono desumersi dell'art. 25 c. cons., il quale, come vedremo meglio in seguito, dà una serie di indicazioni riguardo al grado di rilevanza della limitazione alla libertà di scelta del consumatore che il comportamento del professionista deve presentare per poter essere qualificato come pratica commerciale aggressiva.

Più in generale, allo scopo di interpretare correttamente queste espressioni, appare opportuno indagare nella *ratio* e nella sistematica della direttiva 2005/29/CE e nelle sue norme di recepimento, tenendo conto anche delle indicazioni contenute nella *black list* delle pratiche considerate in ogni caso aggressive, dovendosi escludere, invece, il riferimento a nozioni analoghe già presenti in ambiti diversi del nostro ordinamento.¹⁷⁷

A tale conclusione può giungersi sulla base di due considerazioni, e precisamente, innanzitutto, il fatto che la disciplina della pratiche commerciali scorrette sia autonoma e dettagliata e non rinvii a nozioni esterne ad essa¹⁷⁸, ed in secondo luogo, in quanto essendo lo scopo della direttiva 2005/29/CE, come già evidenziato nel primo capitolo, quello di realizzare un'armonizzazione completa delle legislazioni degli Stati membri nel settore delle pratiche commerciali sleali, al legislatore nazionale non sono concessi margini di discrezionalità. Come abbiamo visto i legislatori nazionali non avevano margini di discrezionalità in sede di recepimento della direttiva, non potendo, fatte salve alcune tassative eccezioni indicate nella stessa direttiva, né introdurre prescrizioni ulteriori rispetto a quelle previste nella direttiva, né

mentre la coercizione contiene la minaccia o almeno il timore di qualche effetto negativo esterno, mentre l'indebito condizionamento utilizza modi insidiosi o subdoli per influenzarne il comportamento; tuttavia è stato osservato che anche nell'indebito condizionamento può essere esercitata una sollecitazione insistente, mentre le molestie potrebbero essere considerate "comportamenti antisociali". Cfr. in tal senso CARUSO M. A., *op. cit.*, p. 86.

¹⁷⁷ In dottrina si è fatto l'esempio del significato da attribuire al termine *molestie*, sottolineandosi che a tal fine non si può fare riferimento all'art. 1170 c.c., relativo all'azione possessoria di manutenzione, oppure agli artt. 1585 e 1586 c.c., che tutelano il conduttore rispetto alle molestie di terzi in relazione al bene locato, o ancora alle fattispecie di "molestie" penalmente rilevanti di cui agli artt. 659 e 660 c.p. relative al disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone e della molestia o disturbo alle persone. Cfr. in tal senso fra gli altri SOLINAS C., *sub art. 24 in Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p.237 ss., e DALLE VEDOVE G., *Le pratiche commerciali aggressive in A.A.V.V., I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p.123.

¹⁷⁸ Ad eccezione della nozione di consumatore medio.

stravolgere le nozioni in essa contenute sulla base di interpretazioni dettate dal proprio ordinamento interno.

Ciò premesso con riferimento agli strumenti ermeneutici da utilizzare ai fini di una corretta interpretazione delle nozioni in esame, vediamo ora di ricostruire le nozioni di molestia, coercizione ed indebito condizionamento.

In applicazione di quanto sopra detto, facendo riferimento solo al sistema introdotto dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e non a nozioni analoghe proprie di altri settori dell'ordinamento, per **molestie** si devono intendere quelle azioni che portano turbative e disturbo insistenti al consumatore, ad esempio attraverso l'effettuazione di ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o attraverso altri mezzi di comunicazione a distanza.

Si tratta cioè di condotte riguardanti il *modo* in cui il messaggio viene recapitato al consumatore, e ciò indipendentemente dal contenuto dello stesso.¹⁷⁹

Dunque può ravvisarsi una molestia ai sensi degli artt. 24 e 25 c. cons. tutte le volte in cui i messaggi provenienti dal professionista producano l'effetto di importunare il consumatore, in quanto vengano a lui recapitati in assenza di una sua autorizzazione o addirittura contro la sua volontà.¹⁸⁰

Alcuni esempi di pratiche moleste si trovano nell'art. 26 c. cons. contenente l'elencazione delle pratiche che devono sempre essere considerate aggressive. Vi rientrano, tra le altre, le visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi (articolo 26 c. cons.) oppure le ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza (articolo 25 c. cons.),

¹⁷⁹ Vedi in tal senso CARUSO M.A., *op. cit.*, p. 8, la quale evidenzia che "Da una prima lettura delle disposizioni emerge la considerazione che questa categoria si riferisce a tutte quelle situazioni in cui si verifica una distorsione del comportamento del consumatore che non riguarda il contenuto informativo (come avviene, invece, per l'altra categoria di pratiche scorrette contemplata dallo stesso d. lgs. n. 156, vale a dire quella delle pratiche commerciali ingannevoli). Si tratta di tutte quelle ipotesi in cui l'effetto discorsivo è riferito ad una costrizione di tipo psicologico o morale che possa indurre il consumatore ad effettuare una scelta che, in altre condizioni, non avrebbe fatto".

¹⁸⁰ DE FRANCESCHI A., in *Commentario breve al diritto dei consumatori, sub art. 24, a cura di De Cristofaro - Zaccaria*, Padova, 2010, p. 194.

attività perpetuate almeno finché il consumatore, esasperato, non decida di acquistare o concludere il contratto proposto.

Si discute, invece, in dottrina se sia riconducibile alla nozione di molestia l'ipotesi del persistente inserimento di materiale pubblicitario nella cassetta delle lettere, nonostante l'esplicito avviso che detta pratica non è gradita.

In proposito parte della dottrina si è pronunciata in senso negativo, evidenziando che in tal caso mancherebbe “qualsiasi forma diretta di comunicazione tra professionista e destinatario”.¹⁸¹

Tuttavia tale considerazione non è del tutto convincente in quanto, traendo spunto ai fini dell'interpretazione della fattispecie in esame dall'art. 26 lett. c), c. cons., sembra corretto affermare che si tratta di una pratica aggressiva ai sensi dell'art. 24 c. cons., qualora ricorrano tutti gli elementi costitutivi della fattispecie. Infatti, se l'art. 26 lett. c), c. cons. considera “in ogni caso aggressive” le pratiche commerciali consistenti nell'effettuare “ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza”, una sollecitazione commerciale realizzata mediante posta cartacea, ove sia ripetuta e non richiesta, potrà sicuramente ricondursi a tale fattispecie, integrando la condotta del professionista una sollecitazione commerciale effettuata “mediante altro mezzo di comunicazione a distanza”.

Viceversa non potrà considerarsi molesta la pratica consistente nel volantinaggio stradale, a meno che per le circostanze di tempo, luogo, natura e persistenza, essa sia realizzata con particolare intemperanza o invadenza.

Da tali esempi si può dedurre che deve considerarsi *molestia* qualsiasi disagio che il professionista arrechi al consumatore introducendosi con “aggressività” nella sua sfera privata e che si traduca o sia idoneo a tradursi in una rilevante limitazione della libertà di scelta o di comportamento del consumatore *medio* in relazione al prodotto, tale da indurlo a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Naturalmente l'effetto limitativo di queste pratiche deve essere rilevante con riferimento al consumatore medio, dovendosi escludere dal novero delle

¹⁸¹ Così DALLE VEDOVE G., *op. cit.*, p. 123.

pratiche aggressive quelle che, pur se insistenti, vengano comunemente tenute dal professionista per convincere il consumatore ad acquistare senza tuttavia esplicitare quell'idoneità ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che egli non avrebbe altrimenti preso. Perciò, si potrà parlare di pratiche sleali solo laddove tale soglia di normale insistenza venga superata. E per determinare la soglia di rilevanza di una molestia si dovrà tener conto dei tempi, dei luoghi, della natura e della persistenza della stessa ai sensi dell'art. 25 c. cons., come meglio vedremo nel prosieguo.

Passando ad esaminare la nozione di **coercizione** essa rappresenta un livello più avanzato di turbativa che può realizzarsi, per espressa previsione legislativa, anche mediante il ricorso alla forza fisica.

Anche con riferimento a tale nozione il legislatore italiano, come quello comunitario, non fornisce alcuna definizione del concetto di "coercizione"; tuttavia l'art. 24 fornisce un criterio interpretativo riconducendo a tale nozione "il ricorso alla forza fisica", come del resto si leggeva nell'art. 8 della direttiva 2005/29/CE.

Le due norme presentano, però, un diverso tenore letterale in quanto mentre l'art. 8 separa con una virgola il "ricorso alla forza fisica" dall'"indebito condizionamento", l'art. 24 parla di "coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento", dando così l'erronea impressione che l'indebito condizionamento costituisca una forma di manifestazione della coercizione, come la forza fisica. I due concetti, invece, devono essere tenuti distinti, come si evince sia dal dettato dell'art. 8 della direttiva, sia dall'art. 25 del codice del consumo, che riferendosi a "molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento", ripristina la punteggiatura adeguata e distingue le due fattispecie. Dunque, la fattispecie di cui all'art. 24 c. cons. prevede tre tipi di condotte alternative, le molestie, la coercizione e l'indebito condizionamento, potendosi respingere l'interpretazione, che emergerebbe dal dato letterale dell'art. 24 c. cons.,

secondo cui l'indebito condizionamento sarebbe una forma di manifestazione della coercizione, al pari della forza fisica.¹⁸²

In generale si reputa¹⁸³ che nella nozione di coercizione di cui all'art. 24 c. cons. possano rientrare sia le minacce verbali che le costrizioni fisiche che si concretizzano in comportamenti volti a indurre il consumatore a pensare che, se non compierà determinate scelte, subirà conseguenze che incideranno negativamente sulla sua sfera personale o patrimoniale.

Il "ricorso alla forza fisica" va inteso quale violenza, intendendosi per *violenza* un vizio del consenso che può comportare l'annullamento del contratto e consiste nell'estorcere il consenso di un soggetto con la minaccia che, se esso non verrà prestato, si subirà un male ingiusto alla persona o ai suoi beni, propri o di un familiare.¹⁸⁴

La minaccia fisica consiste in comportamenti materiali rivolti contro il consumatore e diretti ad ottenere quando desiderato dal professionista, e può derivare, ad esempio, dall'effettuazione di visite al domicilio del consumatore, qualora il professionista ignori gli inviti del consumatore a lasciare la sua

¹⁸² In senso conforme LA ROCCA L., *op. cit.*, p. 194. Vedi, invece, in senso contrario VILLANI L., *op. cit.*, p.106, la quale afferma che la coercizione "può esplicarsi attraverso il ricorso alla forza fisica o l'indebito condizionamento"; SOLINAS C., *op. cit.*, p. 239; CARUSO M.A., *op. cit.*, p. 86.

¹⁸³ In tal senso, tra gli altri: DI NELLA L., *op. cit.*, p. 239; LA ROCCA L., *op. cit.*, p. 145; VILLANI L. *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁴ Con riferimento alle pratiche coercitive è stato affermato che esse "richiamano almeno a prima vista un classico vizio del consenso: la violenza" (vedi DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 239). In proposito si deve ricordare che la violenza come vizio del consenso può assumere la forma sia della violenza fisica, *vis absoluta*, che della violenza psichica, *vis compulsiva*, con la differenza che nel primo caso la volontà della vittima della violenza è del tutto assente, e dunque il negozio che ne deriva non può che essere nullo, mentre nel caso della violenza psichica, essendo la vittima posta di fronte all'alternativa se subire il male minacciato, rifiutandosi di prestare il proprio consenso, oppure cedere alle richieste dell'autore della violenza, la volontà esiste ma è viziata, per effetto della violenza psichica subita dal soggetto, ed il negozio giuridico che ne deriva non sarà nullo ma annullabile. Spetterà, cioè, a chi ha subito la violenza valutare l'opportunità di agire o meno per l'annullamento. La violenza fisica e la violenza psichica sono certamente vizi del consenso che possono rilevare anche ai fini della nozione di coercizione contenuta nell'art. 24 c. cons.. Pertanto laddove la situazione di costrizione creata dal professionista ai danni del consumatore sia idonea solamente ad influenzarlo nelle sue decisioni di natura commerciale e non si traduca nella realizzazione concreta di un'operazione giuridica, potrà applicarsi solo la disciplina delle pratiche commerciali aggressive; viceversa, nel caso in cui la situazione di costrizione comporti anche il compimento di un negozio giuridico con il professionista, come ad esempio la stipula di un contratto con il professionista, si avrà uno sdoppiamento di tutela potendosi applicare da un lato la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dall'altro lato il regime della nullità o annullabilità del negozio giuridico, a seconda che il consumatore sia stato vittima di violenza fisica o psichica. Cfr. in proposito LA ROCCA L., *op. cit.*, 145 ss.

residenza e a non tornarvi più, oppure, viceversa, renda impossibile al consumatore lasciare i locali commerciali fino alla stipula del contratto.

Le minacce verbali, invece, possono avere ad oggetto, ad esempio, la prospettazione di mali ingiusti inflitti dal professionista in caso di mancata contrattazione, oppure umiliazioni di fronte agli altri consumatori in contesti pubblici di vendita oppure di presentazione dei prodotti. Le minacce rivolte possono riferirsi alla vita privata del consumatore o di altre persone a quest'ultimo legate, anche ma non solo, da vincoli di parentela, nel caso in cui non faccia quanto richiesto.

Naturalmente le minacce devono essere di tale intensità da fare impressione sul consumatore medio, tanto da indurlo a prendere determinate scelte per evitare il verificarsi degli eventi prospettati.

La coercizione può consistere anche nella minaccia di promuovere un'azione legale che non sia giuridicamente ammessa.

Caratteristica peculiare della pratica coercitiva è, quindi, la creazione consapevole, da parte del professionista, di una situazione di costrizione ed il suo sfruttamento al fine di incidere sulla libera scelta del consumatore.¹⁸⁵

Si tratta, dunque, di una tipologia di pratica scorretta particolarmente incisiva sull'autodeterminazione del consumatore in quanto mina alla radice la libertà di scelta del consumatore attraverso pratiche volte ad estorcere il suo consenso alla stipula del contratto o ad incidere profondamente sulle scelte di esercizio di posizioni contrattuali del consumatore, facendo leva su sentimenti, emozioni, livello culturale, caratteristiche cognitive, oppure ostacolando l'attuazione dei suoi diritti. Mentre le altre pratiche si limitano soltanto ad influenzare il processo di formazione della volontà del consumatore, in genere già propenso all'acquisto, indirizzandolo verso un determinato prodotto o inducendolo ad accettare certe condizioni contrattuali.

Passando infine all'ultima delle pratiche delineate dal consumatore, e cioè l'**indebito condizionamento**¹⁸⁶, come prima si accennava si tratta dell'unica

¹⁸⁵ DI NELLA L., *op. cit.*, p. 323.

¹⁸⁶ L'indebito condizionamento "apparentemente" rappresenta la pratica più ricorrente, in quanto l'AGCM tende a riferirsi sempre ad un indebito condizionamento, anche quando non ci sono i presupposti, usando spesso impropriamente il termine, anche per pratiche chiaramente riconducibili alle altre fattispecie. A tale proposito, nel senso dell'improprietà del richiamo

nozione definita dal legislatore comunitario e nazionale, rispettivamente nell'art. 2, lett. j) della direttiva 2005/29/CE e 18, lett. l) del codice del consumo.

Essa consiste, ai sensi dell'art. 18 c. cons., nello 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”.

A questo proposito è rilevato che il Codice del Consumo, nel delineare tale concetto, impiega una terminologia affine a quella tipicamente riconducibile al c.d. “*abuso di posizione dominante*”. Tuttavia, a prescindere dalle affinità lessicali, si ritiene che l’“indebito condizionamento” sia del tutto autonomo e non assimilabile alle nozioni proprie della c.d. “*competition law*”, ovvero della c.d. “*normativa antitrust*”; infatti, per la disciplina in esame devono essere presi in considerazione soltanto i rapporti tra l’operatore professionale ed il consumatore, laddove si configuri lo sfruttamento da parte del primo di una situazione di preminenza tale da falsare e/o distorcere il comportamento economico del secondo, tenuto conto delle circostanze del caso e degli specifici interessi coinvolti.

A questo punto ci si deve chiedere in cosa consista la suddetta “posizione di potere” .

Ciò è attualmente oggetto di dibattito in dottrina, non essendosi ancora a tale riguardo consolidata una prassi applicativa.¹⁸⁷

Una prima indicazione si può desumere dalla *Proposta* alla base della direttiva, la quale al § 71 ne fa un esempio, affermando che “si avrebbe un caso di indebito condizionamento qualora un professionista offrisse ad un consumatore già indebitato nei suoi confronti e in ritardo con i pagamenti la possibilità di rinegoziare il debito a condizione che questi acquisti un altro prodotto”.

alla figura dell’indebito condizionamento si veda LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette* in *Giurisprudenza commentata* 5/2009- *Parte seconda*, p.10.

¹⁸⁷ SOLINAS C., *op. cit.*, p. 240 ss.

Un altro esempio può ravvisarsi nell'art. 25 lett. c) laddove si sanziona "lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto".¹⁸⁸

Il potere esercitato dal professionista sul consumatore può riguardare sia la sfera giuridica che quella personale.

Sotto il primo aspetto, la disposizione colpisce lo sfruttamento da parte del professionista di una condizione di asimmetria, ravvisabile nei rapporti tra consumatore e professionista, che sia tale da impedire al consumatore di assumere una decisione contrattuale consapevole.

Con riferimento al potere incidente sulla sfera giuridica, invece, il divieto è riconducibile a quelle pratiche commerciali che incidano illecitamente sulla sfera sentimentale, cognitiva, affettiva, emozionale del consumatore allo scopo di sviarne le capacità valutative in senso "estorsivo".

Come si è visto, dunque, si tratta di una nozione piuttosto ampia.

Secondo parte della dottrina, in particolare, l'ampiezza e la genericità dell'espressione usata dal legislatore, ossia il riferimento allo "sfruttamento di una posizione di potere" permetterebbe di considerare l'indebito condizionamento una categoria onnicomprensiva rispetto alle altre tipologie di aggressione previste dall'art. 24. L'elemento caratterizzante di tale fattispecie sarebbe, in estrema sintesi, l'esercizio di una pressione particolarmente forte, tale da comprimere la libertà del consumatore e da sviarne la capacità di assumere una decisione consapevole anche con l'uso di minacce verbali o psichiche, in modo non dissimile dalla molestia e dalla coercizione.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ulteriori fattispecie di indebito condizionamento sono ravvisabili nello sfruttamento di sentimenti religiosi al fine di conseguire l'iscrizione ad una scuola confessionale, nello sfruttamento da parte dell'impresario funebre della condizione di afflizione dei clienti, nell'avvalersi dell'intercessione o perorazione di soggetti terzi dotati di particolare autorevolezza o notorietà per ottenere il favore o piegare la resistenza dei consumatori (ad es. l'intervento estemporaneo di un noto e popolare personaggio ambientalista nell'esposizione di prodotti ecologici), nella richiesta da parte del professionista di garanzie a terzi affettivamente legati al debitore principale, con un approccio di maliziosa enfasi di tale sentimento. Cfr. a tale riguardo da DALLE VEDOVE G., *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁹ Così per DI NELLA L., *Le pratiche commerciali aggressive in Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori, a cura di G. De Cristofaro*, Torino, 2007, p. 245, lo sfruttamento di una posizione di potere consiste nell'approfittamento da parte del professionista dei sentimenti, delle emozioni, delle caratteristiche cognitive, del livello

Secondo la dottrina prevalente, invece, l'indebito condizionamento è una figura particolare, autonoma e ben definita che può senz'altro prescindere dal ricorso alla forza fisica o dalle molestie o da altre forme di "assedio".¹⁹⁰

Al fine di determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, ai sensi dell'art. 25 c. cons., il quale ricalca l'art. 8 della direttiva 2005/29/CE, si devono considerare in particolare i seguenti elementi:

- a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza del comportamento del professionista;
- b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale da parte di quest'ultimo;
- 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.

L'art. 25 del Codice del Consumo, quindi, indica una serie di elementi, ai quali occorre fare riferimento per verificare se l'iniziativa realizzata dall'operatore professionale abbia illecitamente inciso sulla "capacità economica d'intendere" del c.d. "consumatore medio" "mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, od indebito condizionamento ...", e la cui elencazione, in ragione del fatto che la Direttiva 2005/29/CE fissa un livello non minimo ma uniforme di protezione del consumatore in tutti gli Stati Membri, sembra dover essere considerata come tassativa.¹⁹¹

culturale, del profilo linguistico e persino delle paure del cliente oppure sul piano di comportamenti dissuasivi che ostacolano l'attuazione di diritti.

¹⁹⁰ In tal senso DALLE VEDOVE G., *op. cit.*, p. 125.

¹⁹¹ Cfr. SACCOMANI A., *Commento agli artt. 18 – 26 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005*, in Alpa G. e Zatti P. (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile – Leggi Complementari*, Tomo III, Padova, 2009, p. 1091 ss.

A tale riguardo va rilevato che la pratica commerciale potrà essere frutto di più elementi combinati ma sembra essere sufficiente la ricorrenza di uno solo di questi elementi per considerare una pratica aggressiva.

Con riferimento al primo criterio si deve accertare in concreto se la pratica si ripete frequentemente, in orari inopportuni e in modo da diventare una molestia; se la pressione avviene in luoghi in cui il consumatore non ha tutti gli elementi, ovvero tranquillità, tempo, lucidità mentale, per valutare l'opportunità di una proposta.¹⁹² O ancora, se la sollecitazione possa considerarsi aggressiva in ragione della sua natura (ad esempio di stampo mafioso, di origine superstiziosa, ecc...); se la condotta è realizzata attraverso un messaggio pubblicitario che incide sulle sensazioni che avvengono sotto il livello della coscienza, troppo deboli per essere avvertite, ma tanto continue e ripetute da influenzarne l'inconscio e condizionare in modo considerevole il comportamento del consumatore.¹⁹³

Il secondo elemento di cui tenere conto è l'eventualità di una minaccia, fisica o verbale che sia, da parte del professionista.

In tale elemento si può ravvisare una vera e propria pratica commerciale aggressiva espressamente tipizzata dal legislatore, e non un semplice parametro di valutazione delle molestie, coercizioni e indebiti condizionamenti.¹⁹⁴

Si tratta di una forma di condizionamento del consumatore estremamente limitativa della sua capacità di scelta e di comportamento, che, laddove si configuri come minaccia fisica, potrà eventualmente comportare anche problemi di responsabilità penale.¹⁹⁵

Con riferimento al criterio di cui alla lettera c), si deve fare riferimento alla discussa questione del consumatore vulnerabile, e dunque alla particolare

¹⁹² Si vedano ad esempio le offerte per strada o in posti affollati e caratterizzati da confusione.

¹⁹³ Si fa riferimento all'ipotesi della pubblicità subliminale caratterizzata da un messaggio che, essendo nascosto nell'ambito di una comunicazione più complessa, non è percepito a livello cosciente dal consumatore, ma può condizionare in modo considerevole il comportamento dell'individuo. Cfr. a tale riguardo CARUSO M.A., *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁴ In questo senso si esprimono LA ROCCA L., *sub art. 25 in Codice del consumo*, II edizione, a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, 2008, p. 152, e DI NELLA L., *Le pratiche commerciali aggressive in "Le pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 245.

¹⁹⁵ Cfr. CARUSO M.A., *op. cit.*, p.89.

condizione di un soggetto che, per il verificarsi di determinati eventi positivi o negativi della sua esistenza, diventa più sensibile, con la conseguenza che il suo stato di debolezza lo porta ad effettuare scelte economiche che non avrebbe altrimenti fatto.¹⁹⁶

Si ritiene in particolare che in tale fattispecie rientrino le condotte di maghi, cartomanti, e fantomatici guaritori¹⁹⁷ che, sfruttando l'ingenuità e le situazioni di crisi personali, familiari, economiche dei consumatori, inducono questi ultimi ad acquistare prodotti o ad avvalersi di servizi nella convinzione che questi possano in qualche modo risolvere o perlomeno alleviare la propria situazione di crisi.¹⁹⁸

Anche in questo caso si è in presenza di una pratica indebitamente condizionante e non di un semplice criterio di valutazione dell'aggressività della condotta. Tale convinzione appare confermata dalla circostanza che sono stati tipizzati anche l'effetto che tale pratica deve produrre nel consumatore, e cioè l'alterazione della sua capacità di valutazione, ed il fine che deve raggiungere, e cioè influenzare la decisione del consumatore relativa al prodotto. Perciò può essere considerata una fattispecie completa, assimilabile alle ipotesi indicate nella *lista nera* di cui all'art. 26, con la conseguenza che laddove ne venga dimostrata la sussistenza nel caso concreto, l'Autorità chiamata a giudicare dovrà concludere senz'altro per la scorrettezza della pratica commerciale ravvisandone l'aggressività, senza necessità di ulteriori valutazioni.¹⁹⁹

Poco chiaro è il quarto criterio, quello dell'ostacolo non contrattuale, consistente in comportamenti qualificati come non contrattuali, onerosi o sproporzionati, che ostacolano l'esercizio dei diritti contrattuali da parte dei consumatori.

Anche con riferimento a detta figura, ci si deve chiedere se essa integri un mero criterio di valutazione della aggressività della pratica, o piuttosto una

¹⁹⁶ CARUSO M.A., *op. cit.*, p. 89.

¹⁹⁷ Si tratta di condotte che nella disciplina previgente alla riforma del codice del consumo venivano sanzionate dall'AGCM come fattispecie di pubblicità ingannevoli.

¹⁹⁸ GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p.130.

¹⁹⁹ DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 245; SOLINAS C., *sub art. 25 in Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, 249.

pratica commerciale aggressiva autonoma, che lasci libera l'AGCM di valutare nel concreto se essa sia tale da limitare apprezzabilmente la capacità di autodeterminazione del consumatore in modo da poterlo indurre a compiere una scelta che altrimenti non avrebbe compiuto.

A tale riguardo può concordarsi con quella dottrina²⁰⁰ che ha evidenziato che tale fattispecie non sembra costituire un indice della ricorrenza di una delle tra tipologie di pratiche in esame, ma piuttosto integra un'ulteriore, autonoma forma di pratica aggressiva distinta dalle altre.

A sostegno di tale tesi, infatti, può rilevarsi come l'*ostacolo* possa consistere in qualsiasi ostacolo, di natura non contrattuale, oneroso o sproporzionato, all'esercizio da parte del consumatore dei suoi poteri negoziali o di fonte legale, quale ad esempio, l'esigere da parte di quest'ultimo l'esibizione di documenti quantitativamente eccessivi, non pertinenti, inutili o difficili da trovare, cioè in fattispecie in cui evidentemente non ricorrono molestie, coercizioni o indebiti condizionamenti.

La fattispecie in esame, dunque, si compone di diversi elementi.

Innanzitutto l'ostacolo posto dal professionista all'esercizio dei diritti contrattuali da parte del consumatore, deve essere "non contrattuale", cioè non deve costituire esercizio di prerogative derivanti da un contratto che lo leghi al consumatore, e deve trattarsi di ostacoli "defatiganti"²⁰¹, meramente ostruzionistici, realizzati dal professionista al fine esclusivo di trarre vantaggio dal mancato esercizio da parte del consumatore dei propri diritti contrattuali. Ciò consente di escludere una reciproca interferenza fra questa disposizione e la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti di consumo, ex art. 33 e ss. c. cons. le quali consistono, invece, in pattuizioni che determinano un significativo squilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti.²⁰²

²⁰⁰ Cfr. in tal senso DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 312 ss; SOLINAS C., *op. cit.*, p. 249.

²⁰¹ L'espressione è di DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 312 ss..

²⁰² Cfr. in tal senso LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale* 3/2008, p. 262, e DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 312 ss., il quale osserva che può esservi una certa contiguità tra clausole vessatorie e pratiche, potendo queste ultime essere funzionalmente collegate alle prime. In tal caso potrà aversi un concorso di sanzioni, se queste sono compatibili, oppure dovrà essere selezionata quella da applicare, qualora siano incompatibili, essendo la tutela concessa rappresentata sia dal rimedio della nullità relativa sia da quello applicabile alle pratiche commerciali aggressive.

Ed ancora, l'ostacolo non contrattuale deve essere "oneroso" o "sproporzionato", nel senso che la scorrettezza della pratica consiste nel fatto che il consumatore, per esercitare un proprio diritto contrattuale deve affrontare una spesa eccessiva rispetto all'entità del diritto azionato.

Inoltre, il consumatore deve essere ostacolato nell'esercizio di un "diritto contrattuale". Non è chiaro cosa il legislatore abbia inteso usando questa espressione.

Secondo una prima interpretazione²⁰³ la lett. d) dell'art. 25 integra una particolare ipotesi di indebito condizionamento. Essa, inoltre, potrebbe trovare applicazione solo nei casi in cui preesista un rapporto contrattuale che leghi il professionista al consumatore, per cui il divieto della pratica in esame potrebbe riferirsi solo ad ostacoli relativi a diritti che il consumatore può vantare nella fase di esecuzione di un contratto.

Secondo un altro orientamento, a ben guardare preferibile, al contrario, la disposizione in esame integra un'ipotesi di pratica commerciale aggressiva autonoma, una quarta pratica aggressiva che si aggiunge a molestie, coercizione e indebito condizionamento.²⁰⁴

Infatti l'ostacolo non contrattuale può consistere anche "nell'esigere l'esibizione di documenti quantitativamente eccessivi, non pertinenti, inutili o difficili da reperire, quale condizione per ottenere la prestazione cui ha diritto il consumatore, oppure nella semplice inerzia del professionista nei confronti delle richieste del cliente, ad esempio, disattivando il fax o non ricevendo le comunicazioni del consumatore all'indirizzo indicato". In tali fattispecie, evidentemente, non ricorrono i connotati strutturali tipici delle molestie, coercizioni o indebiti condizionamenti, pur essendo indubbio che tali pratiche abbiano la capacità o l'idoneità sia di limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio sia di indurlo attualmente o potenzialmente ad assumere decisioni favorevoli al professionista.

L'impedimento attivo o passivo posto in essere dal professionista all'esercizio di diritti da parte dei consumatori, rappresenta in genere un

²⁰³ DALLE VEDOVE G., *op. cit.*, p.124 ss.

²⁰⁴ A tale riguardo DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 312 ss..

efficace deterrente contro le pretese di questi ultimi, tale da indurre il consumatore medio a rinunciare alla tutela dei propri diritti.

Dunque può ritenersi che il legislatore comunitario abbia voluto introdurre una quarta figura di pratica aggressiva, distinta dalle altre. A sostegno ulteriore di tale tesi, può anche addursi la circostanza che nella *black list* tra pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive, all'art. 26 c. cons. lett. d) è delineata la fattispecie consistente nell'imporre al consumatore, che presenti una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione, di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta, nonché l'omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuaderlo dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali. Tali pratiche integrano sicuramente delle ipotesi di ostacolo non contrattuale, per cui può dedursi che la figura in esame abbia un peculiare ed autonomo rilievo nel novero delle pratiche aggressive.

Inoltre, premesso che la figura dell'ostacolo non contrattuale va collocata certamente nella fase dell'esecuzione del contratto, ed il suo divieto ha chiaramente lo scopo di proteggere il consumatore dalle condotte del professionista di natura ostruzionistica o vessatoria volte a scoraggiare il consumatore nell'esercizio dei suoi diritti contrattuali, si può ritenere che tale fattispecie possa trovare applicazione anche in fase precontrattuale, di formazione del negozio e di scioglimento dello stesso.

A tale conclusione si giunge sia in base al richiamo testuale al diritto di recesso e al diritto di rivolgersi ad un altro professionista, sia sulla base della circostanza che le situazioni giuridiche di cui il consumatore è titolare, il cui esercizio può essere ostacolato dalle pratiche in esame, riguardano in senso ampio la vicenda contrattuale, e sono riconosciute al consumatore anche nella fase costitutiva del rapporto, come quelle relative all'informazione. Quindi, apparirebbe irragionevole concedere tutela soltanto contro condotte vessatorie od ostruzionistiche che si manifestano in sede esecutiva e lasciare impunte quelle che invece pregiudicano posizioni protette riconosciute al consumatore nella fase contrattuale.²⁰⁵

²⁰⁵ Cfr. a tale riguardo DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p.312 ss..

Ci si deve a questo punto chiedere quale sia il tratto distintivo tra le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive.

A tale riguardo appare evidente in proposito che mentre le pratiche ingannevoli incidono, o possono incidere, attraverso l'inganno, sulle decisioni commerciali, quelle aggressive incidono più in generale sull'autodeterminazione del consumatore, sulla sua libertà di scelta, inducendolo a prendere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso, attraverso lo sfruttamento delle sue debolezze caratteriali, emotive, e culturali del consumatore o la sua posizione di inferiorità strutturale.

Così in dottrina si è evidenziato che mentre le pratiche ingannevoli hanno una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale, quelle aggressive hanno una valenza estorsiva più generale della libertà di scelta del consumatore²⁰⁶, libertà di scelta che è proprio il bene giuridico protetto dalla Direttiva.

Inoltre, sia l'inganno che l'aggressività influenzano le decisioni di natura commerciale del consumatore, con la differenza che mentre l'inganno altera la rappresentazione delle caratteristiche del prodotto o servizio, anche senza un contatto tra l'offerente e l'acquirente, l'aggressività consiste in metodi di suggestione o di vera e propria intimidazione ed agisce sul comportamento del consumatore senza falsare necessariamente la sua reale capacità di valutazione, ma incidendo comunque sulla sua capacità di scelta in relazione al prodotto. Pertanto le pratiche aggressive implicherebbero sempre un contatto diretto e personale, ravvicinato o a distanza, tra professionista e consumatore.²⁰⁷

Con riferimento alle pratiche commerciali aggressive ci si deve, inoltre, chiedere se i comportamenti ad esse riconducibili debbano necessariamente essere intenzionali da parte del professionista, e dunque dolosi.

In proposito, parte della dottrina ha sostenuto che tutti i comportamenti rientranti in tale nozione avrebbero in comune il carattere della piena coscienza e volontà del pregiudizio che si vuole arrecare al consumatore, essendo, dunque, a carattere doloso.

²⁰⁶ DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 307.

²⁰⁷ DALLE VEDOVE G., *op. cit.*, p. 123.

Tuttavia, tale tesi non convince, in quanto il legislatore ha semplicemente previsto che una pratica commerciale possa essere considerata aggressiva, e perciò vietata, se realizzata attraverso molestie, coercizione o indebito condizionamento, senza null'altro specificare, mentre quando il legislatore ha ritenuto di dover introdurre il dolo come elemento soggettivo della fattispecie lo ha fatto espressamente, come nell'ipotesi prevista dall'art. 23, c.1, *lett. o)* c. cons., in cui si parla di una condotta di promozione del prodotto tale da “*fuorviare deliberatamente*” il consumatore, e la sua introduzione in via interpretativa produrrebbe l'effetto di una ingiustificata limitazione della tutela del consumatore.²⁰⁸

Inoltre, a ben vedere, fra le condotte riconducibili alla nozione in esame mentre alcune presuppongono chiaramente la consapevolezza nel professionista del proprio agire, come nel caso delle minacce o dello sfruttamento della propria posizione di potere, ve ne sono altre, come le condotte moleste, in relazione alle quali il professionista potrebbe non avere avuto intenzione di recare disturbo al consumatore.

L'art. 26 c. cons., così come modificato dal d. lgs. n. 146/2007, fa un elenco di pratiche da considerarsi in ogni caso aggressive.²⁰⁹

Si tratta di otto fattispecie, emerse nell'esperienza dei singoli Stati membri, le quali rappresentano una concretizzazione delle “molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento” riunite in modo non omogeneo in un'unica *black list* con la finalità di permettere all'operatore giuridico di valutare più velocemente l'aggressività di un comportamento del professionista in casi in cui, per vari motivi, è palese la distorsione della volontà del consumatore. Con riferimento a tali fattispecie, dunque, non è necessario provare che la pratica rientri in uno specifico concetto di molestia, coercizione e condizionamento.²¹⁰

²⁰⁸ LA ROCCA L., in *Codice del consumo*, II edizione, a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, 2008, *sub art.* 24, p. 143.

²⁰⁹ Particolare è la classificazione delle categorie di pratiche aggressive elaborata da DONA M. in *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2008, 46 ss., che ha distinto, nella *black list*, le pratiche minatorie (*lett. a e g*), che contengono una minaccia; quelle petulanti (*lett. b, c, e, f*), caratterizzate da insistenza; e defatiganti (*lett. d, h*), studiate allo scopo di stancare il consumatore, fiaccandone la resistenza.

²¹⁰ Cfr. in tal senso CARUSO M.A., *op. cit.*, p. 106.

In particolare sono vietate:

- le pratiche coercitive consistenti nel creare l'impressione "che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto" (art. 26 *lett. a*), o "effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi fuorché nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale" (*lett. b*)²¹¹;

- le pratiche moleste consistenti nell'effettuare "ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi gli artt. 58 e 130, d. lgs. n. 196/2003" (*lett. c*)²¹² o nell'esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto (*lett. f*); la pratica dell'ostacolo non contrattuale consistente "nell'imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali" (*lett. d*)²¹³; le forme di indebito condizionamento consistenti "nell'includere un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o

²¹¹ Queste prime due fattispecie vanno chiaramente oltre la sfera degli interessi economici afferendo piuttosto al profilo della libertà personale e della riservatezza, mentre l'aggressività qui si riferisce alla ripetizione di tale pratica, o comunque all'insistenza del professionista, e non ad episodi isolati, come può dedursi dall'uso del termine "visite" al plurale.

²¹² Tale pratica aggressiva riguarda il *telemarketing*. Anche in questo caso risulta rilevante la persistenza delle sollecitazioni da parte del professionista: si deve trattare di contatti con il consumatore ripetuti e insistenti, in cui il consumatore è invitato ad un acquisto o ad aderire ad un particolare servizio. Inoltre le sollecitazioni devono essere "non richieste", o, con le parole della direttiva "sgradite", per cui il consumatore ha diritto di non essere disturbato quando la sollecitazione non è gradita.

²¹³ Si tratta di una pratica molto grave, in quanto il professionista introduce ostacoli allo scopo di impedire al consumatore l'esercizio dei propri diritti contrattuali, sulla quale ci siamo in precedenza soffermati, in quanto integra come si è detto un'ipotesi di "ostacolo non contrattuale". Tale fattispecie richiede accertamenti molto complessi, e, nel caso di esito positivo, potrebbe essere di per sé sanzionata, in base alle norme generali di tutela del consumatore.

altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati (*lett. e*)²¹⁴, oppure nell'informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista (*lett. g*), o ancora nel dare la falsa impressione “che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore (*lett. h*).

²¹⁴ Tale pratica, molto ricorrente nella pratica, si riferisce direttamente alla condizione di consumatore vulnerabile. In particolare vengono in rilievo le due più evidenti figure di consumatori “sensibili”, ossia i bambini e gli anziani. Le sollecitazioni rivolte ai bambini indirettamente colpiscono gli adulti, che sono i reali acquirenti dei beni o servizi di cui si tratta, facendo leva sui loro naturali sentimenti per alterare le loro decisioni di carattere economico. Naturalmente la disposizione in esame non intende vietare in senso assoluto tutte le comunicazioni pubblicitarie riguardanti giocattoli o altri prodotti specificamente usati dai bambini, ma costituisce una esemplificazione, tratta dalla prassi ricorrente in quasi tutti i Paesi dell'UE, di ciò che da corretto messaggio pubblicitario si trasforma in aggressione, in quanto sfrutta la naturale credulità dei bambini ed approfitta del sentimento degli adulti nei loro confronti. L'art. 26, lett. e) fa salvo il t.u. sulla radiotelevisione, che all'art. 4 pone una norma di principio che vieta qualsiasi trasmissione che possa “nuocere allo sviluppo fisico, psichico e morale dei minori”, e all'art. 37 vieta la pubblicità di alcolici rivolta ai minori o che utilizzi minori nel messaggio. Posto che la lista nera costituisce una mera esemplificazione delle pratiche aggressive considerate tali in ogni circostanza e non assume il ruolo di un divieto esaustivo di tutte le modalità che vanno contro la tutela dell'infanzia, non è chiaro il motivo per il quale il legislatore abbia sentito il bisogno di fare “salve” queste norme, come se la previsione della disposizione posta nella lista nera potesse comportare un'abrogazione tacita di norme più severe preesistenti.

Capitolo III

La tutela del singolo nelle ricostruzioni degli interpreti

1. Tutela collettiva e tutela individuale - 2. Violazione di norme imperative e rimedio della nullità - 3. Consenso viziato e annullabilità dell'atto - 4. Il rimedio risarcitorio fra tutela dell'interesse leso e reintegrazione del patrimonio

1. Tutela collettiva e tutela individuale

La tutela del consumatore *uti singulus* costituisce, indubbiamente, uno degli aspetti più problematici della disciplina sin qui esaminata, a causa del silenzio serbato, con riferimento a questo profilo, sia dal legislatore comunitario che da quello nazionale.

L'art. 11 della direttiva 2005/29/CE, come accennato in precedenza, ha riservato agli Stati membri la scelta delle sanzioni da irrogare per le violazioni della disciplina in tema di pratiche commerciali sleali, limitandosi a disporre che tali sanzioni siano “effettive, proporzionate e dissuasive”.²¹⁵

La direttiva stabilisce, inoltre, che dovranno essere previste disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni, compresi i professionisti concorrenti, che, secondo la legislazione nazionale, hanno un interesse legittimo a contrastare le pratiche commerciali sleali, possano

²¹⁵ Lo prevede espressamente l'art. 13 della direttiva 2005/29/CE: “Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere *effettive, proporzionate e dissuasive*.” Il problema della mancanza “di direttive univoche sulle conseguenze” si pone, in realtà, frequentemente nell'ambito della normativa comunitaria a tutela del consumatore, e, come giustamente rilevato dalla dottrina, è dovuto alla circostanza che “le situazioni dei mercati e degli ordinamenti giuridici sono diverse come diverse sono le loro tradizioni e le loro esperienze (quelle anglosassoni si differenziano dalle nostre come da quelle francesi, e così via). Sì che non si può pervenire ad una soluzione identica e valida ovunque”, PERLINGIERI P., *L'informazione e il contratto* in ID., *Il contratto tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 372.

promuovere un'azione giudiziaria contro tali condotte, ovvero sottoporre le suddette pratiche scorrette al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria.

Dunque, secondo il modello privilegiato dal legislatore comunitario, spetterebbe agli Stati membri stabilire se affidare il giudizio sulle pratiche commerciali sleali alle autorità giurisdizionali ordinarie, eventualmente su iniziativa di un'autorità amministrativa, o ad autorità amministrative imparziali.

Va osservato che proprio tale discrezionalità riconosciuta ai singoli Stati membri nella scelta degli strumenti e dei procedimenti volti a prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali non solo ostacola in concreto la realizzazione della finalità dell'uniformità di disciplina del mercato perseguita dalla direttiva stessa²¹⁶, ma finisce col favorire una sorta di *penalties shopping*, consentendo agli operatori commerciali di scegliere gli Stati in cui conviene tenere comportamenti scorretti in quanto meno sanzionati (sanzioni da considerare tra i costi d'impresa) e quelli, più severi sotto tale profilo, in cui è più conveniente tenere comportamenti corretti (il cui prezzo si compenserà con il risparmio realizzato altrove).²¹⁷

²¹⁶ Cfr. il *considerando* n. 4 della direttiva in esame. Sul punto ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 19, la quale evidenzia come la direttiva “difficilmente potrà determinare quella “uniformità” che si vuole caratterizzi almeno il mercato finale (...) anche in ragione del fatto che è lasciata ai singoli Stati nazionali un'ampia discrezionalità nello stabilire le modalità, gli strumenti e i procedimenti con cui prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali.”

Nel senso della contraddizione tra l'auspicata armonizzazione completa e la totale indeterminatezza dei rimedi vedi anche PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4/2010, p.1120, e DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p. 903, il quale ravvisa nelle diverse soluzioni offerte sul punto dai legislatori nazionali “una dimostrazione...irrefutabile dell'esito fallimentare dell'ambizioso tentativo di armonizzare in modo “completo” e “totale” le legislazioni nazionali compiuto attraverso l'adozione della direttiva 2005/29/CE.”

²¹⁷ Cfr. ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 19-20, la quale sottolinea che in tale prospettiva “l'intervento della Corte di Giustizia europea continuerà ad avere un ruolo fondamentale nel valutare tanto l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività delle sanzioni, quanto l'efficacia dei procedimenti e dei provvedimenti inibitori nella prospettiva di una omogeneizzazione dei rimedi”; nello stesso senso SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore*

Ciò è particolarmente rilevante in quanto è nelle tutele che si rivela la dimensione effettuale ultima del diritto ed è per questo motivo che da esse dipende in buona misura la sua effettività.²¹⁸

Il nostro legislatore, riportando, all'art. 19 c. cons., pedissequamente ed acriticamente la disposizione di cui all'art. 3 della direttiva 2005/29/CE, ha mantenuto un assoluto silenzio sui rimedi esperibili dal singolo consumatore in caso di violazione del divieto delle pratiche commerciali sleali di cui all'art. 20, c. cons.²¹⁹, e si è limitato a predisporre “sanzioni” e “mezzi” volti alla tutela non del singolo consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, ma del mercato e, con esso, dei consumatori collettivamente considerati, nonché indirettamente anche dei professionisti “corretti” operanti sul mercato.

L'interesse economico del singolo consumatore, dunque, risulta essere tutelato indirettamente²²⁰, nella misura in cui esso coincide con l'interesse pubblicistico al corretto funzionamento del mercato alla stessa stregua di un interesse legittimo.²²¹

medio nella direttiva 2005/29/CE, *ivi*, p. 164-165; nonché A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, *ivi*, p. 249.

²¹⁸ PIRAINO F., *op. cit.*, p. 1120.

²¹⁹ Silenzio definito “clamoroso” da GRANELLI C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti* 10/2007, p. 778, e “assordante” da DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 90.

²²⁰ A tale riguardo CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1/2007, p. 63 ss., evidenzia che la direttiva “non si preoccupa della tutela individuale del consumatore fine a se stessa; di conseguenza non ha ad oggetto il singolo contratto né esercita alcuna influenza diretta sulla sua formazione, validità ed efficacia. Non deve sfuggire che il singolo consumatore, il quale lamenta di essere stato ingannato dall'informazione commerciale sleale, ha sempre facoltà di invocare gli artt. 1439 e 1440 c.c. Spetterà alla giurisprudenza pratica stabilire se e con quanta intensità la norma comunitaria possa riflettersi sull'interpretazione di tali disposizioni.” Non avendo il legislatore innovato alcunché rispetto alla lettera della direttiva citata, le medesime considerazioni possono attagliarsi perfettamente al d. lgs. 149/2007.

²²¹ PARTISANI R., *Le azioni ingannevoli*, in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da M. Franzoni, Utet giuridica, 2008, *sub* art. 21, p. 75 il quale aggiunge che “Per quanto concerne la natura dell'interesse dei consumatori *uti singuli*, i giudici amministrativi, già con riferimento alla materia della pubblicità ingannevole, hanno ritenuto che nei procedimenti davanti all'AGCM il denunciante, singolo consumatore o associazione di categoria, non è titolare di un interesse proprio e non ha, quindi, autonoma legittimazione ad impugnare il provvedimento finale dell'Autorità, anche se abbia partecipato a detto procedimento.”

Si può, quindi, dire che il sistema della tutela del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette si sviluppa secondo quello che è stato definito un “*doppio binario*” di tutele: collettive, con riguardo alla tutela amministrativa e giurisdizionale degli artt. 27 e 140 c. cons., e individuali, secondo la disciplina del diritto patrimoniale comune, dal momento che, come prima si diceva, il recepimento della direttiva 2005/29/CE non impedisce l’ordinaria azione del consumatore di annullamento del contratto per errore, violenza o dolo, né alla azione risarcitoria civile.²²²

In particolare l’AGCM ha il compito di tutelare l’interesse generale al corretto funzionamento del mercato, mediante il ricorso a provvedimenti sanzionatori amministrativi, mentre i giudici ordinari hanno il compito di provvedere alla tutela civilistica dei singoli soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette.

Dunque, con riferimento al profilo delle conseguenze “pubblicistiche” della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette è stato previsto, con espresso riferimento alle sole “pratiche commerciali scorrette”, un procedimento “speciale” davanti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell’art. 27 c. cons., nel testo modificato dal D. Lgs. n. 146/2007.

La competenza in materia di pratiche commerciali scorrette va ad aggiungersi a quella già attribuita alla medesima Autorità con riferimento alla pubblicità ingannevole e comparativa dal d. lgs. 146/2007.²²³

Il procedimento, in particolare, ricalca quello previsto fino all’introduzione della nuova disciplina dall’art. 26 c. cons. per la tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa illecita, ed ha lo scopo di inibire la diffusione, se non ancora portata alla conoscenza del pubblico, ovvero la continuazione, se già iniziata, della pratica commerciale della quale è stata

²²² Così, in particolare, CALVO R., *op. cit.*, p. 71 e GRANELLI C., *op. cit.*, p. 783.

²²³ La scelta di estendere le competenze e le attribuzioni dell’Autorità in tema di pubblicità ingannevole e comparativa anche al settore delle pratiche commerciali scorrette è stata oggetto di critiche in dottrina in quanto si è rilevato sia che la concentrazione di competenze in capi all’AGCM rischia di condurre ad una paralisi dell’attività dell’Autorità, sia che i provvedimenti di cui all’art. 27 c. cons. presentano una maggiore complessità rispetto a quelli relativi alla pubblicità ingannevole; cfr. DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1/2007, p.1-39.

accertata la “scorrettezza” e, per altro verso, di eliminarne, mediante la pubblicazione del provvedimento dell’AGCM, ovvero di un’apposita dichiarazione rettificativa, gli effetti eventualmente già prodottisi.

Il nuovo art. 27 c. cons.²²⁴, infatti, è dedicato alla “Tutela amministrativa e giurisdizionale” e prevede che l’Autorità garante della concorrenza e del

²²⁴ **Art. 27. c. cons.: Tutela amministrativa e giurisdizionale**

“1. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito denominata “Autorità”, esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo anche quale autorità competente per l’applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge.

2. L’Autorità, d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti. A tale fine, l’Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi di cui al citato regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. Per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1 l’Autorità può avvalersi della Guardia di finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l’accertamento dell’imposta sul valore aggiunto e dell’imposta sui redditi.

L’intervento dell’Autorità e’ indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

3. L’Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. In ogni caso, comunica l’apertura dell’istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo.

L’Autorità può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell’accertamento dell’infrazione. Si applicano le disposizioni previste dall’articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. In caso di inottemperanza, senza giustificato motivo, a quanto disposto dall’Autorità ai sensi dell’articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l’Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000,00 euro a 20.000,00 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l’Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000,00 euro a 40.000,00 euro.

5. L’Autorità può disporre che il professionista fornisca prove sull’esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti. Incombe, in ogni caso, al professionista l’onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l’impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell’articolo 20, comma 3.

6. Quando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l’Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

7. Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l’Autorità può ottenere dal professionista responsabile l’assunzione dell’impegno di porre fine all’infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L’Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell’impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l’Autorità, valutata l’idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all’accertamento dell’infrazione.

8. L’Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non

mercato inibisca la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimini gli effetti d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse.²²⁵

In tal modo il nostro legislatore ha ottemperato agli obblighi previsti dall'art. 11, c.2, della direttiva 2005/29/CE, che impone agli Stati membri l'obbligo di conferire all'organo giurisdizionale o amministrativo investito della tutela il potere di far cessare le pratiche commerciali sleali e di vietarle qualora non siano ancora state poste in essere.

ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti.

9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro.

10. Nei casi riguardanti comunicazioni commerciali inserite sulle confezioni di prodotti, l'Autorità, nell'adottare i provvedimenti indicati nei commi 3 e 8, assegna per la loro esecuzione un termine che tenga conto dei tempi tecnici necessari per l'adeguamento.

11. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione.

12. In caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi 3, 8 e 10 ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

13. I ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità.

14. Ove la pratica commerciale sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento.

15. È comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'articolo 2598 del codice civile, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti."

²²⁵ Contro le decisioni dell'AGCM è, poi, possibile ricorrere al T.A.R. Lazio e successivamente al Consiglio di Stato.

L'Autorità garante può inoltre disporre l'applicazione delle sanzioni amministrative e pecuniarie previste dai commi 4, 9 e 12 dell'art. 27 c. cons.

Inoltre è di rilievo la previsione del comma 5 della norma in esame, che attribuisce all'Autorità il potere di disporre che il professionista fornisca la prova dell'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale, con ciò determinando un'inversione dell'onere della prova con riferimento ai dati di fatto volti a comprovare in sostanza la non ingannevolezza o scorrettezza della pratica commerciale. Se tale prova è omessa, o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono ritenuti inesatti.

La scelta di introdurre l'inversione dell'onere della prova, che è conforme alla soluzione già adottata in sede di disciplina della pubblicità ingannevole, si giustifica per una parte della dottrina alla luce dell'esigenza di ripristinare la parità di condizioni tra il legittimato attivo che ha avviato il procedimento e l'operatore pubblicitario.²²⁶

Va poi segnalato l'allargamento della legittimazione a promuovere l'azione dell'AGCM, in quanto essa è attribuita, innovandosi rispetto al passato, non solo a "ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse", e quindi anche ai singoli consumatori, nonché alle autorità pubbliche e le organizzazioni, quali innanzitutto le associazioni dei consumatori, ma altresì alla stessa AGCM, che può agire anche d'ufficio.

Il modello di tutela amministrativo non esclude la tutela giudiziaria ordinaria e, quindi, la competenza del giudice ordinario in materia di pratiche commerciali scorrette come si evince dal comma 15 dell'art. 27 che fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.), nonché per quanto concerne la pubblicità comparativa in materia di atti compiuti in violazione della disciplina relativa al diritto d'autore, ai marchi d'impresa, alle denominazioni di origine che sono riconosciute e tutelate in Italia ed agli altri segni distintivi di imprese, beni e servizi.

Resta ferma, poi, la possibilità di accedere ai già collaudati procedimenti, conciliativi, cautelari e di merito, avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, di cui all'art. 140 c. cons., allo scopo di ottenere la pronuncia, da parte del

²²⁶ In tal senso TADDEI ELMI G., *sub art. 27-27 quater in Codice del consumo – Aggiornamento, a cura di G. Vettori*, Padova, 2009, p. 186.

Tribunale, di un provvedimento che inibisca al convenuto la continuazione della pratica della quale sia stata riconosciuta la natura “scorretta” nonché l’adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi che essa abbia provocato.

La relativa legittimazione attiva è stata data non al singolo consumatore ma, in via esclusiva, alle associazioni di consumatori ed utenti, nonché agli altri organismi indicati dall’art. 139 c. cons.

Quindi solamente in applicazione degli articoli 139 e 149 cod. cons., viene riconosciuta la legittimazione in capo alle associazioni dei consumatori a proporre azioni inibitorie volte a far cessare le pratiche scorrette: ma anche qui ci troviamo davanti alla tutela collettiva dei consumatori e non alla tutela individuale di ciascun soggetto leso.²²⁷

Per il resto la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette non contiene nessun altro riferimento ai rimedi civilistici a favore del consumatore danneggiato, salve le successive previsioni in tema di azioni collettive di cui all’art. 140 *bis*, c. 2, c. cons., le quali, tuttavia, hanno come obiettivo quello di creare un particolare strumento processuale, non quello di individuare un diritto sostanziale al risarcimento.

Dunque, riconosciuta la giurisdizione concorrente del giudice ordinario, nel silenzio del legislatore grava ora sull’interprete il delicato compito di ricostruire il sistema dei rimedi esperibili dal singolo consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta sulla base dell’interpretazione delle norme

²²⁷ A tale riguardo va premesso che non appare sostenibile, come già avvenuto in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, che i singoli consumatori non possano agire davanti al giudice ordinario a tutela dei propri interessi, dal momento che, salve le azioni proposte dai concorrenti in materia di concorrenza sleale, l’AGCM avrebbe giurisdizione esclusiva in tema di applicazione delle norme in questione. (per tale tesi si veda Trib. Torino, ordd. 19 dicembre 2003 e 23 gennaio 2004). Tale ultima conclusione, tuttavia, è stata dai più ritenuta da escludersi, innanzitutto perché sarebbe in contrasto con l’articolo 24 della Costituzione nei limiti in cui i consumatori siano ritenuti portatori di un interesse giuridicamente rilevante leso dalle pratiche scorrette, e inoltre in quanto l’articolo 19, comma 2, lettera a), cod. cons. chiarisce che le norme del Titolo del Codice del Consumo in questione - tra le quali l’articolo 27 - non pregiudicano l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale e in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto. In particolare, nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, avverso le ordinanze del Tribunale di Torino di cui alla nota precedente, si è pronunciata la Suprema Corte in Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7036.

generali in materia di contratto e di responsabilità civile e delle norme del codice del consumo che sono oggetto della nostra analisi.

In via preliminare va evidenziato che il legislatore comunitario ha escluso che l'introduzione nei sistemi nazionali di tale divieto e delle misure volte a prevenirne e reprimerne la violazione sia necessariamente destinata a ripercuotersi sul diritto privato dei contratti dei Paesi membri.

A tale riguardo, infatti, l'art. 3, § 2 della direttiva, riprodotto dal c. 2 *lett. a)* dell'art. 19 del nostro codice del consumo, stabilisce esplicitamente che le disposizioni della direttiva 2005/29/CE “non pregiudicano l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia di un contratto”.²²⁸

La norma letteralmente esclude che la nuova disciplina “interferisca” con l'applicazione anche del diritto contrattuale, ma il senso di tale disposizione non è chiaro.

Innanzitutto, ci si deve interrogare sulla corretta interpretazione da dare a quel “non pregiudica” di cui all'art. 19, comma 2, lett. a), c. cons., in particolare se esso debba intendersi nel senso che la nuova disciplina non incide in alcun modo sulla preesistente normativa o se, al contrario, sia destinata ad influenzare l'interpretazione di quest'ultima.²²⁹

²²⁸ L'inserimento della norma in esame nella direttiva è stato reputato da ascrivere alla volontà degli organi comunitari di non interferire con i lavori di elaborazione del diritto europeo dei contratti. In tal senso, fra gli altri, WHITTAKER, S., *The Relationship Of The Unfair Commercial Practices Directive To European And National Contract Laws*, in AA. VV., *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC directive 2005/29*, Oxford 2007, p. 144 ss.

²²⁹ In proposito si vedano, fra gli altri, DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce*, in A.A.V.V. *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008, p. 91, il quale reputa “ovvio e scontato” che l'introduzione della nuova normativa non fosse destinata ad impedire alla disciplina generale del contratto di continuare a trovare applicazione ai rapporti contrattuali fra consumatori e professionisti, e “assurdo, ingiustificato ed irrealistico” pensare che l'interpretazione e l'applicazione di tale disciplina (ai contratti stipulati da consumatori con professionisti) possa in futuro rimanere totalmente insensibile ed impermeabile ai nuovi precetti introdotti nel codice del consumo, senza esserne in alcun modo influenzata; e D'AMICO G., voce *Formazione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, Annali II tomo 2, p. 586, il quale dopo aver definito “prudente” la scelta del legislatore italiano di non introdurre norme specifiche che delineino rimedi invalidatori o risarcitori collegati alla sussistenza di una pratica commerciale scorretta, afferma che ciò tuttavia “non dovrebbe indurre a ritenere che nulla sia cambiato (sotto il profilo dei rimedi civilistici) dopo la introduzione della normativa in esame.”

La norma, in effetti, è stata interpretata dalla dottrina come rinvio tacito al sistema del diritto nazionale dei contratti²³⁰, non potendosi attribuire ad essa né un valore positivo, nel senso di imporre una forma di tutela sul piano invalidativo, né un valore negativo, nel senso di escludere in partenza qualsiasi ricaduta sul diritto dei contratti²³¹, come dimostra il fatto che altri Stati membri hanno introdotto in sede di recepimento una tutela di tipo invalidativo.

Deve, dunque, senz'altro escludersi che la direttiva obblighi a qualificare come nullo o annullabile il contratto stipulato tra un professionista e un consumatore in seguito a una pratica commerciale sleale.²³²

Va poi ricordato che il “*considerando*” n. 9, come già visto nel primo capitolo, chiarisce che “la direttiva non pregiudica i *ricorsi* individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale”.

Sembra corretto ritenere che i “ricorsi individuali” cui fa riferimento la norma siano le azioni e le pretese che i singoli consumatori sono legittimati a far valere sulla base di norme del diritto nazionale *diverse* da quelle concernenti la formazione, la validità e l'efficacia del contratto in generale, la cui applicazione è espressamente fatta salva dall'art. 19 c. cons.: tra essi in primo luogo rientrano le pretese risarcitorie fondate sulle norme vigenti in materia di responsabilità extracontrattuale e precontrattuale, nonché i diritti ed

²³⁰ Cfr., tra gli altri, MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, CEDAM, 2008, p. 268, la quale condivisibilmente afferma che l'espressione “non pregiudica il diritto dei contratti”, nel contesto della direttiva, non può che essere intesa nel senso che essa “incide sul diritto dei contratti se e nei modi che i diversi ordinamenti sceglieranno espressamente o tacitamente attraverso il rinvio al sistema”, e DI CATALDO V., *Conclusioni*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 341.

²³¹ Si veda in proposito DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. 142 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris* 11/2007, p. 1194, secondo il quale può affermarsi “con certezza” che in conseguenza della scelta del nostro legislatore di non introdurre nessuna conseguenza privatistica “speciale” l'interprete non potrà considerare nessun contratto affetto da invalidità (nullità “classica”, nullità di protezione o annullabilità), né suscettibile di essere sciolto unilateralmente in forza di una facoltà di recesso *ad nutum*, per il solo fatto che la stipulazione del contratto sia stata preceduta da pratiche scorrette ai sensi degli art. 20 ss. del c. cons., così come la natura scorretta di una pratica non potrà legittimare di per sé una richiesta di risarcimento dei danni subiti da parte del consumatore. Infatti, l'invalidità del contratto e la responsabilità del professionista nei confronti del consumatore “rimangono dunque, a rigore, soggette in via esclusiva alle norme generali del codice civile.”

²³² Tra gli altri si vedano MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA* 2008, p. 309 ss.

i rimedi esperibili dal consumatore in caso di inadempimento del contratto da parte del professionista.²³³

Tale disposizione, dunque, sembra doversi intendere nel senso che, ogni qual volta l'attuazione di una pratica commerciale scorretta da parte di un professionista legittimi il singolo consumatore che ne sia vittima a far valere in giudizio, a qualsiasi titolo, verso il professionista che l'abbia posta in essere, determinati diritti o rimedi, tali diritti o rimedi non vengono direttamente toccati dalla direttiva, dal momento che essa non impedisce agli Stati membri di conservare le norme interne su cui tali diritti e/o rimedi si fondano.

Proprio perché formulato in negativo e non in positivo, non sembra possibile interpretare il *considerando* in esame nel senso che i Paesi membri siano obbligati ad introdurre, in sede di recepimento, disposizioni volte ad accordare ai singoli consumatori il potere di proporre "ricorsi individuali" *ad hoc*, diversi ed ulteriori rispetto a quelli che essi sarebbero legittimati ad esperire in forza della normativa interna già vigente.

Perciò si esclude che la nuova disciplina comunitaria obblighi i legislatori nazionali a prevedere espressamente che qualsiasi pratica commerciale, per il solo fatto di essere qualificabile come "sleale" ai fini di cui alla direttiva, costituisca sempre e necessariamente un atto illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria, e come tale legittimi il singolo consumatore leso dalla pratica scorretta a pretendere il risarcimento dei pregiudizi patrimoniali che ne siano eventualmente derivati.

Allo stesso tempo, la circostanza che il legislatori nazionali non debbano ritenersi obbligati dalla direttiva 2005/29/CE ad apportare modificazioni o deroghe alle discipline interne vigenti in materia di contratto e responsabilità civile, tuttavia, non significa affatto che la direttiva in esame non sia destinata ad avere ripercussioni sugli istituti del diritto privato patrimoniale degli Stati membri, poiché l'introduzione di simili modifiche o deroghe, pur non essendo

²³³ DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile* 3/2010, p. 883.

imposta, non è neanche vietata, ma è interamente rimessa alla discrezionalità degli Stati membri.²³⁴

A tale riguardo va rilevato che, come si era temuto in sede di prima lettura della direttiva 2005/29/CE, i Paesi membri hanno fatto largo uso della discrezionalità loro lasciata dalla normativa comunitaria, dando luogo in presenza della medesima violazione a forme di tutela del consumatore molto differenti.

Questa frammentazione, come già evidenziato, finisce con il favorire i professionisti che mirino a imporre pratiche commerciali scorrette, dal momento che “basta trasferire il punto di partenza di una pratica illecita per essere al riparo da qualsiasi forma di applicazione della legge”.²³⁵

Così in alcuni Stati è stato esplicitamente disposto che la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali non possa di per sé sola comportare l'invalidità dei contratti conclusi in seguito a quei comportamenti (soluzione adottata nel Regno Unito, in Estonia²³⁶ e in Irlanda²³⁷); in altri, come in Portogallo²³⁸, si è preferito sancire l'annullabilità del contratto o la modificazione dei suoi contenuti secondo criteri equitativi ovvero l'eliminazione delle clausole lesive del divieto; altri ancora hanno sanzionato solo le pratiche aggressive oppure le vendite piramidali, stabilendo la nullità dei conseguenti contratti, come è avvenuto rispettivamente in Francia e in

²³⁴ Cfr. in tal senso WHITTAKER S., *op. cit.*, p. 144 ss.

²³⁵ VIGORITI L., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali in Europa e diritto privato*, 2/2007, p. 522.

²³⁶ Per Regno Unito ed Estonia, che hanno espressamente escluso che la mera violazione delle pratiche commerciali sleali possa determinare la nullità del contratto, si vedano rispettivamente la Sect. 29 (Validity of Agreements) Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 e il

§ 12, c.2, della legge generale sulla tutela del consumatore dell'Estonia (come modificata dalla l. 11/10/2007 che ha dato attuazione alla dir. 2005/29/CE).

²³⁷ Per l'Irlanda si veda la Sect. 91 *Consumer Protection Act* del 2007 che esclude che la nullità si possa applicare per il solo fatto della violazione della disciplina contenuta nel provvedimento legislativo, mentre la Sect. 66 *Consumer Protection Act* la nullità dei contratti rientranti nello schema della vendita piramidale.

²³⁸ Per il Portogallo si veda l'art. 14, decreto-lei portoghese 26.3.2008, n. 57 secondo cui per l'ipotesi di violazione della disciplina sulle pratiche commerciali sleali il consumatore può chiedere o l'annullamento del contratto, o la modificazione dei contenuti del contratto secondo criteri equitativi, o ancora l'eliminazione delle clausole il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica commerciale scorretta.

Irlanda²³⁹, mentre altri Stati come il Belgio²⁴⁰ hanno previsto la possibilità per il consumatore di esigere il rimborso delle somme pagate “senza restituzione del bene consegnato o del servizio prestato”.

Con riferimento alla tutela risarcitoria, in alcuni Paesi essa è stata riconosciuta in maniera diretta, come nel caso della Grecia, del Portogallo, dei Paesi Bassi e dell'Irlanda, le cui leggi contemplano la possibilità di esigere anche danni “esemplari”²⁴¹, in altri Stati, invece, sono stati riconosciuti in modo indiretto, come in Austria, dove la nuova normativa è stata inserita in quella più generale della concorrenza sleale, nella quale era già previsto il diritto al risarcimento anche al singolo consumatore danneggiato, e non solo all'imprenditore concorrente come avviene nel nostro ordinamento.²⁴²

Il legislatore italiano, diversamente, non ha provveduto a disciplinare, come auspicato dalla dottrina, la sorte del contratto frutto di una pratica commerciale scorretta, lasciando, così, all'interprete il compito di coordinare il divieto generale delle pratiche commerciali scorrette con il sistema dei “rimedi”, contrattuali e non, quale emerge dal nostro sistema, complessivamente considerato.²⁴³

Tale lacuna normativa ha, naturalmente, suscitato molte critiche da parte della dottrina²⁴⁴ che vedeva nel codice del consumo l'occasione per introdurre

²³⁹ Quanto alla Francia, art. L 122-15 *Code de la Consommation*, come modificato dall'art. 39, *Loi n. 2008-3* (del 3.1.2008); per l'Irlanda, il già citato art. 66 *Consumer Protection Act* del 2007.

²⁴⁰ Art. 94/14 della *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information e la protection du consommateur* del 14.7.1991, disposizione introdotta dalla legge emanata in attuazione della dir. 2005/29/CE.

²⁴¹ V. art. 9teta della legge greca sulla tutela dei consumatori del 1994, introdotto dalla l. n. 3587/2007, la quale ha dato attuazione alla dir. 2005/29/CE. Art. 15, Decreto-Lei 57 portoghese del 26.3.2008. Nuovo art. 193j Codice civile olandese. Sect. 74, subsect. (2), *Consumer Protection Act* irlandese del 2007.

²⁴² Per un approfondimento delle diverse discipline adottate dai Paesi dell'Unione Europea si veda DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in A.A.V.V. *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristofaro*, Torino, 2008, p. 49 ss.

²⁴³ GRANELLI C., *op. cit.*, p. 779, il quale definisce tale compito “addossato integralmente all'interprete” “delicato ma proprio per questo ancor più stimolante.”

²⁴⁴ DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.* p. 90, secondo il quale “Il silenzio mantenuto sul punto dalla nostra disciplina di recepimento lascia a dir poco perplessi e non mancherà di creare delicati problemi agli interpreti...”; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 778 ss.; BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 282.

Ma si veda, anche, in senso contrario, CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristofaro*,

disposizioni specifiche in una materia essenzialmente caratterizzata dalla contrapposizione tra gli interessi di gruppi commerciali medio-grandi e l'interesse dei consumatori ad evitare liti giudiziarie lunghe ed antieconomiche con riferimento a danni spesso di modesto valore²⁴⁵, nonché la possibilità di rinnovare, con un intervento chiarificatore del legislatore stesso, la lettura delle norme in tema di vizi della volontà, da taluni considerata per certi aspetti ormai superata.²⁴⁶

In particolare il legislatore del 2007 avrebbe dovuto, seguendo le indicazioni fornite dalla dottrina italiana in sede di prima lettura della direttiva²⁴⁷, inserire nel corpo del codice del consumo delle ulteriori ipotesi di nullità di protezione, oltre a quelle già previste con riferimento alla disciplina della clausole vessatorie nei contratti del consumatore, *ex art. 36 c. cons.*; oppure prevedere ulteriori ipotesi di annullabilità del contratto, di risoluzione per inadempimento da parte del professionista degli obblighi di informazione, di risarcimento del danno a causa di trattative contrattuali improntate alla

Giappichelli, Torino, 2008, p. 385-386, il quale afferma che “Come era assolutamente auspicabile, nel recepire la Direttiva, il legislatore italiano ha scelto di attribuire all’Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di assicurare la tutela del consumatore o dei consumatori incisi da una pratica commerciale scorretta, considerando che loro tramite si realizza un perturbamento dell’assetto concorrenziale del mercato alla salvaguardia del quale l’Autorità stessa trovasi istituzionalmente preposta.[...] “L’art. 27 c. cons., così come modificato dall’art. 1, d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, ha perciò concentrato in capo ad un unico organismo il potere di adottare in via generale tutte le misure e i provvedimenti adeguati alla repressione e al contrasto delle pratiche commerciali sleali, riconoscendo nel contempo al procedimento avanti l’autorità giudiziaria un ruolo, che pur se rilevante, in sostanza riveste carattere residuale. Ciò si giustifica, oltre che, per quanto si è detto prima, pure in relazione alla natura sovra-individuale degli interessi direttamente tutelati dalla disciplina, la quale è tale da rendere difficilmente attuabile una tutela efficace attraverso il procedimento giurisdizionale strutturato naturalmente sulle esigenze di protezione delle posizioni giuridiche vantate dai singoli.”

²⁴⁵ BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 341 ss.; CIATTI A., *op. cit.*, p. 383, il quale evidenzia che “la tutela giurisdizionale dei diritti del consumatore si connota anzitutto per la rilevanza economica spesso modesta delle controversie, conseguenza della nozione stessa di bene o di servizio di consumo: se si eccettuano alcuni contratti conclusi con le banche, come i mutui fondiari, e le compravendite di automobili, ben di rado il valore delle cause riesce a superare il minimo richiesto per sottrarsi alla competenza del giudice di pace. Ne consegue che l’andamento del processo sconta i pregi (...) ma anche i difetti connotati ad una giurisdizione affidata anzitutto ad un organo non professionale”.

²⁴⁶ TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 10/2009, 778.

²⁴⁷ Per tali indicazioni si rinvia al capitolo II § 3, nel quale si sono esaminate le proposte avanzate dalla dottrina italiana in sede di prima lettura della direttiva 2005/29/CE.

scorrettezza²⁴⁸, o ancora avrebbe potuto attribuire al consumatore un potere di recesso o pretese pecuniarie di natura speciale, o ancora avrebbe potuto riconoscere valore giuridicamente vincolante alle affermazioni false o comunque ingannevoli contenute nei messaggi pubblicitari e nelle comunicazioni commerciali.²⁴⁹ Ma così non è stato.

Pertanto, oggi, ad attuazione della direttiva ormai avvenuta, sembra inutile chiedersi se, pur in assenza di un obbligo imposto dalla normativa comunitaria, il legislatore nazionale avrebbe fatto bene a cogliere l'occasione offertagli dalla direttiva, per indicare i "rimedi" civilistici, quali nullità del contratto, annullabilità, risarcimento del danno, e/o altro, concretamente accessibili al singolo consumatore leso da una pratica commerciale scorretta e, ove necessario, i presupposti di applicabilità di ciascuno ed il relativo statuto, ovvero per introdurre "rimedi" nuovi, non desumibili dal quadro normativo previgente.

Dunque, preso atto della mancata previsione di norme *ad hoc* da parte del legislatore, ci si deve occupare del problema delle ricadute dell'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina sulle pratiche commerciali sleali sul sistema dei "rimedi", posto che la normativa di derivazione comunitaria non si pone in conflitto o in rapporto derogatorio con la disciplina generale del contratto dettata dal codice civile, operante anche per i contratti dei consumatori, ma crea un'esigenza di coordinamento tra il sistema dei rimedi contrattuali ed il divieto di pratiche commerciali scorrette.

In particolare ci si deve chiedere se la violazione degli artt. 18 ss. c. cons. possa comportare di per sé una sanzione in termini di invalidità del contratto²⁵⁰, e se in tale ambito possa spiegare effetti sulla disciplina generale

²⁴⁸ RICCIUTO V., *Commento sub art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, p. 134.

²⁴⁹ Così D'AMICO G., voce "Formazione del contratto" in *Enciclopedia del diritto*, Annali II tomo 2, p. 586, nota 90.

²⁵⁰ Tesi sostenuta da GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I contratti 2/2006*, 423 ss. e da DI NELLA L., "Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive" in *Contratto e impresa -Europa*, 1/2007, p.62, in base alla considerazione che la libertà di scelta del consumatore sia prerogativa di rango primario e di indubbio "spessore generale" nel diritto comunitario, come la disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziati dimostrerebbe. Tale tesi è, tuttavia, respinta dalla dottrina dominante. In tal senso si veda: DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in A.A.V.V. *Pratiche*

del contratto nel senso di comportare una “rilettura” delle norme in tema di annullamento del contratto per dolo o violenza²⁵¹, o se si debba ritenere che la disciplina del codice del consumo e quella del codice civile costituiscano due sistemi del tutto separati, in quanto ispirati a logiche diverse, rendendo con ciò impossibile qualunque “travaso” di disciplina dall’uno all’altro sistema.²⁵²

La dottrina ha assunto in proposito orientamenti contrastanti.

Può però anticiparsi che non sembra possibile trovare una soluzione unitaria del problema, e che piuttosto sia necessario verificare caso per caso, pratica per pratica quale sia il rimedio concretamente più idoneo.²⁵³ Infatti, le pratiche sleali, comprendendo una categoria di comportamenti molto estesa, possono ripercuotersi in vari modi sul contratto, con la conseguenza che l’individuazione di un unico strumento di tutela mancherebbe di flessibilità.

In tale prospettiva potrebbe, anzi, rintracciarsi il significato ultimo di quel “non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale” proprio nell’opportunità di garantire agli Stati membri la libertà di scelta nel gestire le conseguenze della slealtà in molti modi e non in uno solo.²⁵⁴

2. Violazione di norme imperative e rimedio della nullità

In primo luogo appare opportuno prendere in considerazione la ricostruzione secondo la quale la violazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette possa comportare conseguenze dirette sulla validità del

commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 91; LUCCHESI F., *Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità, Commento agli artt. 20-23*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, p. 43; ORLANDO S., *Commento agli artt. 24-26*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 105; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 775 ss.

²⁵¹ Cfr. MAUGERI M.R., *op. ult. cit.* p. 282 ss.; DI CATALDO V., *op. cit.*, p. 333 ss.; DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2008, p.1113; CALVO R., *op. ult. cit.* p. 63 ss.

²⁵² In tal senso CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti* 6/2010, p. 408 ss.

²⁵³ CIATTI A., *op. cit.*, p. 423, secondo il quale non è rinvenibile una soluzione unitaria del problema ma è piuttosto necessario “verificare caso per caso, pratica per pratica”.

²⁵⁴ VIGORITI L., *op. cit.*, p. 529.

contratto stipulato tra consumatore e professionista in termini di nullità ai sensi dell'art. 1418, c.1, cc. per contrarietà a norme imperative.

Ci si chiede al riguardo se, ed eventualmente, in che limiti, la violazione del generale imperativo per cui “le pratiche commerciali scorrette sono vietate” possa comportare, anche in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso, la nullità, ex art. 1418, c.1, c.c., dei contratti stipulati da un professionista che si sia avvalso di tali pratiche.²⁵⁵

Si tratterebbe, in particolare, di una nullità di protezione, disposta nell'interesse del consumatore, relativa e necessariamente parziale, qualora il consumatore preferisse salvare il contratto, mantenendolo a condizioni diverse da quelle in concreto stipulate. Tale ultima fattispecie ricorrerebbe ogni qual volta la pratica commerciale abbia inciso non sull'*an* del contratto, ma sul *quomodo*, ossia relativamente all'“in che modo farlo e a quali condizioni”, per riprendere l'espressione utilizzata dal codice del consumo all'art. 18, comma 1, lett. *m*.²⁵⁶

Ragionando in questi termini, infatti, la nullità del contratto deriverebbe dalla natura imperativa del divieto di pratiche commerciali scorrette, mentre il suo carattere di protezione sarebbe conseguenza della *ratio* di tutela del consumatore che ispira la normativa in esame.²⁵⁷

²⁵⁵ GRANELLI C., *op. cit.*, p. 778.

²⁵⁶ DE CRISTOFARO G., “La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive”, in *Contratto e impresa-Europa*, 1/2007, p. 40; ID., DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 25; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 779; DI NELLA L., *op. ult. cit.*, p. 62.

²⁵⁷ Si veda in proposito DI NELLA L., *Le pratiche commerciali “aggressive”* in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008, p. 376 ss. opinione ribadita dallo stesso Autore in *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in A.A.V.V., *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo, p. 237 ss., il quale sostiene che “Per garantire allora la dovuta tutela individuale a tutte le ipotesi di pratiche scorrette, non sembra che vi sia altra strada che quella della nullità in forza dell'art. 1418, comma 1, c.c. e, prima ancora, del sistema giusconsumeristico. Nullità che deve poi essere protettiva, conformemente a quanto previsto nel codice di consumo (cfr. art. 36 c. cons.) e in altri corpi normativi contenenti disposizioni a tutela dei clienti (cfr. artt. 127, comma 2, t.u.b., art. 23, comma 3, t.u.f.)”

Nello stesso senso anche CALVO R., *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 260 ss., il quale evidenzia come “(...)Nel descritto quadro illustrativo è fondato ammettere che la totalità delle attività preordinate a condizionare il consenso degli acquirenti finali di beni o servizi rivesta significato sotto il profilo dell'ordine pubblico economico. Per

Pertanto dovrebbe applicarsi per analogia la disciplina della nullità di protezione oggi espressamente disciplinata dall'art. 36 c. cons., in linea con l'attuale tendenza del diritto dei contratti ad avvalersi della nullità come rimedio conformativo dell'atto negoziale e non soltanto demolitorio.²⁵⁸

In senso contrario a tale tesi può, però, osservarsi che la nullità virtuale può configurarsi solo laddove il contrasto con la norma imperativa investa il contenuto del negozio o la sua struttura, e non quando, come nel caso in esame, essa vieti un comportamento di una delle parti in sede pre-contrattuale. Ciò perché, secondo l'orientamento oggi dominante in giurisprudenza, solamente un vizio strutturale del negozio o il contrasto tra norma imperativa e il regolamento contrattuale possono dare luogo alla nullità virtuale, mentre la violazione di regole di condotta precontrattuali, poste a tutela degli interessi di una parte, non può incidere sulla validità, a meno che la nullità non sia espressamente prevista dal legislatore.

Esaminata in questa prospettiva, la questione si inquadrebbe, invero, nella tematica di più ampio respiro relativa alle conseguenze del mancato rispetto della disciplina che prevede gli obblighi di informazione, essendo controverso se ciò determini la nullità ex art. 1418, c. 1, c.c., per violazione di norma imperativa oppure la semplice responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ex art. 1337 c.c.

In proposito, infatti, si fronteggiano fondamentalmente due contrapposti orientamenti: uno secondo cui, in ossequio al tradizionale principio che distingue tra regole di "validità" del contratto e regole di "comportamento" nella sua formazione, la scorrettezza della condotta tenuta da una parte in fase precontrattuale non determina la nullità del contratto, nemmeno in caso di violazione di norma imperativa, ad eccezione dell'ipotesi in cui tale rimedio sia espressamente previsto in riferimento alla fattispecie in esame, e l'altro

tale ragione la disciplina presidiante il diritto all'informazione corretta assurge al rango di statuto dotato del crisma dell'imperatività perché custodisce situazioni soggettive la cui lesione rappresenta un attentato ad interessi di rango costituzionale. L'informazione commerciale diventa pertanto un diritto esistenziale alla luce della sua capacità di riverberarsi sul diritto di ogni persona capace d'agire ad esprimere l'individualità nei rapporti di scambio regolati dal meccanismo contrattuale. In quest'ordine d'idee riusciamo a scorgere che nei rapporti singolari le condotte lesive dei predetti diritti non possano scansare la nullità ex art. 1418, comma 1°, c.c."

²⁵⁸ TADDEI ELMI G., *op. cit.* p. 127.

orientamento secondo il quale avendo riguardo a particolari fattispecie si deve affermare la nullità del contratto, *ex art. 1418, c.1, cc.*, anche nel silenzio del legislatore, sulla base del presupposto secondo cui il c.d. diritto all'informazione contrattuale abbia assunto una tale importanza da aver acquisito, ormai, il rango di norma di ordine pubblico, o più correttamente, di ordine pubblico di protezione.

Tale questione si è recentemente posta in giurisprudenza con riferimento ai contratti finanziari, inserendosi nel dibattito relativo al tema dei rapporti tra contratto e regolazione del mercato che si è proposto anche in relazione alla sorte dei contratti c.c.d.d. “a valle” dell'intesa anticoncorrenziale vietata o dei contratti conclusi in violazione degli obblighi imposti da leggi e regolamenti Consob in materia di intermediazione finanziaria.

Con riferimento a questi ultimi, infatti, com'è noto la legge pone a carico degli intermediari finanziari precisi obblighi di informazione, ma non ha disciplinato i rimedi applicabili per il caso di contratti conclusi in violazione di tali doveri. Ciò ha comportato una diversità di soluzioni circa il trattamento di tali contratti, portando, in particolare, ad un contrasto di soluzioni tra l'orientamento della Cassazione e quello espresso dalla giurisprudenza di merito riconducibili fondamentalmente, come vedremo, il primo alla tesi della responsabilità precontrattuale, e il secondo alla tesi della nullità virtuale. In particolare la giurisprudenza di merito²⁵⁹ ha utilizzato la tesi della nullità

²⁵⁹ Cfr. Tribunale di Mantova del 18 marzo 2004 che ha ritenuto fondata la domanda attorea “essendo stati dimostrati la violazione, da parte della banca, delle prescrizioni contenute negli artt. 21 t.u.f., 28 e 29 reg. Consob da considerarsi come norme imperative *ex art. 1418 c.c.* i considerazione degli interessi tutelati (diligenza degli intermediari nonché tutela del risparmio) e dalla natura generale di siffatti interessi (per l'affermazione di tale principio in termini generali vedasi Cass. 7 marzo 2001 n. 3272) nonché il danno subito dai clienti (...)”. Ed ancora cfr. Tribunale di Firenze del 19 aprile 2005 secondo il quale “36. Ne consegue che correttezza e diligenza, di cui alla disciplina dei servizi di investimento, esprimono concetti più ampi di quelli sottesi alle norme codicistiche, operando non soltanto nel quadro di un rapporto obbligatorio con l'investitore per la tutela del soddisfacimento del suo interesse, ma anche più in generale (e in via di principio) in relazione allo svolgimento dell'attività economica come canone di condotta volto a realizzare una leale competizione e a garantire l'integrità del mercato. 37. Pertanto, nel contesto del decreto legislativo in esame diligenza e correttezza sono canoni di condotta riconducibili alle pratiche del commercio e agli usi imprenditoriali, mentre nel contesto codicistico non possono mai prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridicamente rilevante tra due parti definite e precisamente individuate. Tutto ciò rende evidente l'esistenza, nella materia dell'intermediazione finanziaria, di interessi anche di carattere generale che rendono inderogabili le regole di comportamento. 38. La normativa richiamata è quindi posta a tutela dell'ordine pubblico economico e, dunque, si sostanzia in

virtuale facendo leva sul carattere imperativo delle disposizioni che impongono all'intermediario determinate regole di comportamento (soprattutto di natura informativa) durante la fase delle trattative, in quanto espressione di principi di ordine pubblico quali la protezione del risparmio e il buon funzionamento del mercato. Sarebbe, infatti, interesse generale della collettività che ai consumatori, e più in generale, ai contraenti deboli, siano fornite tutte le informazioni necessarie per valutare, preventivamente l'opportunità e la convenienza della stipulazione contrattuale.

La suddetta tesi della nullità del contratto, anche se accolta, come si è visto, da una parte della giurisprudenza di merito, presenta degli innegabili margini di incertezza, in quanto, com'è stato giustamente osservato, la tecnica della nullità non consentirebbe di graduarne la rilevanza in modo da limitarla alla tutela degli interessi che siano stati effettivamente pregiudicati, e comunque proprio la circostanza che il legislatore abbia espressamente introdotto nella legislazione speciale specifiche ipotesi di nullità relativa dimostrerebbe che non è possibile ricavare un principio di generale influenza delle regole di comportamento sulla validità del contratto, estendendone l'applicazione anche a fattispecie diverse da quelle tipizzate dal legislatore: appaiono, infatti, troppo settoriali e frammentarie le diverse ipotesi legislativamente previste per poter essere considerate espressione di un principio di carattere generale che estenda la disciplina della nullità a tutte le

norme imperative, la cui violazione impone la reazione dell'ordinamento attraverso il rimedio della nullità del contratto, anche a prescindere da un'espressa previsione in tal senso da parte del legislatore ordinario. 39. Questo principio è stato sancito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 7 marzo 2001, n. 3272) secondo cui "in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità", pertanto "un contratto di investimento, concluso senza l'osservanza delle regole di condotta dettate dalla normativa richiamata, deve essere dichiarato nullo, perché contrario all'esigenza di trasparenza dei servizi finanziari che è esigenza di ordine pubblico." Nello stesso senso anche il Tribunale di Brindisi del 21 giugno 2005 il quale stabilisce la nullità del contratto in esame "stante la sua contrarietà alle norme imperative (art. 21 TUF, in relazione agli artt. 1418-1343 c.c.) di legge". In senso conforme ancora il Tribunale di Trani del 31 gennaio 2006.

violazioni di doveri di condotta in qualche modo collegate alla conclusione del contratto.²⁶⁰

Alla tesi della nullità virtuale è stata, inoltre, mossa l'obiezione²⁶¹ che, mentre il legislatore può certamente comminare la sanzione della nullità per il solo fatto che il comportamento del professionista nell'*iter* formativo del contratto con il consumatore sia stato "scorretto", l'art. 1418, c. 1, c.c., consente all'interprete, soltanto di rilevare la nullità (virtuale) di un contratto che sia esso stesso contrario a norma imperativa, ma non di sindacare il comportamento che ha indotto alla stipula del contratto.²⁶²

In altri termini, nella valutazione sottesa alla nullità testuale disposta dal legislatore può venire in rilievo anche un *comportamento*, mentre il giudizio di disvalore sotteso alla nullità virtuale disposta dall'art 1418 c.c. ha ad oggetto esclusivamente l'*atto* negoziale nel suo profilo strutturale.²⁶³

Secondo l'orientamento espresso, invece, dalla Suprema Corte²⁶⁴, la violazione degli obblighi di informazione da parte degli intermediari finanziari comporta la responsabilità precontrattuale degli stessi e non la nullità virtuale.

²⁶⁰ SALANITRO U., nota a Cass. civ. ord. 3683/2007, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *NGCC* 2007 p. 1006; la stessa giurisprudenza Tribunale di Roma, sez. IX, 11 marzo 2005, osserva come debba innanzitutto "escludersi la sussumibilità della fattispecie in esame nell'ambito della nullità negoziale di cui all'art. 1418 comma 1 c.c. in quanto la violazione, da parte dell'intermediario, degli obblighi comportamentali imposti da norme sicuramente volte alla tutela anche di interessi di carattere generale non può, sempre ed in ogni caso, condurre all'applicazione di una sanzione così grave com'è quella dell'invalidità del contratto che, viceversa, lo stesso art. 23 commi 1, 2 e 3 T.U.F. riserva alla mancanza di forma scritta ed al concreto interesse del cliente a farla valere (c.d. nullità relativa).

²⁶¹ GRANELLI C., *op. ult. cit.*, 779.

²⁶² Si tratta, sostanzialmente dello stesso discorso che si fa, sempre in tema di violazione di norme imperative, per affermare la nullità dei c.d. "contratti-reato", cioè dei contratti che integrano, di per sé, la condotta tipica vietata dalla norma penale, e negarla, invece, nel caso di "reato in contratto", cioè l'ipotesi in cui la norma penale sanziona la condotta tenuta da uno dei contraenti a danno dell'altro nel corso delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto; cfr. GRANELLI C., *op. ult. cit.*, p.780.

²⁶³ Cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, 618, secondo cui: "La nullità presuppone tuttavia che sia il contratto l'oggetto del divieto."

²⁶⁴ Cfr. Cassazione civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 ove si legge che "la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c. quale "causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; 25 settembre 2003, n. 14234); a meno che tale

In particolare quest'ultima tesi fa leva sulla tradizionale distinzione tra “regole di validità” del contratto e “regole di comportamento” nella formazione del contratto, ritenendosi che la nullità virtuale possa operare solo quando la contrarietà riguardi elementi “intrinseci” del contratto, cioè struttura o contenuto dello stesso, mentre va esclusa quando essa riguardi i comportamenti delle parti nella fase precontrattuale o esecutiva del contratto, salvo che il legislatore la preveda espressamente.²⁶⁵

Va, comunque, segnalato che altra parte della giurisprudenza di merito ha seguito la differente strada della repressione della condotta degli intermediari finanziari sul piano della responsabilità per danni piuttosto che su quello della nullità.²⁶⁶ In particolare tale orientamento ravvisa nell'ipotesi in esame una responsabilità dell'intermediario per inadempimento contrattuale, rientrando i doveri comportamentali di quest'ultimo nella prestazione, strutturalmente complessa, alla quale si è obbligato nei confronti del cliente, con la conseguente applicazione delle norme generali in tema di inadempimento o inesatto adempimento. Dunque il risparmiatore male informato potrà chiedere all'intermediario il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. e, nei casi di inadempimento di “non scarsa importanza” ai sensi dell'art. 1455 c.c., la risoluzione del contratto.

incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore”; nonché successivamente S.U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

²⁶⁵ Cfr. in dottrina MIRONI A., *op. cit.*, il quale afferma che: “Contro l'idea di estendere la sanzione della nullità a violazioni di regole di condotta che attengono, in linea di massima, al procedimento di formazione della volontà dei contraenti, rimane inoltre la distinzione di tale ambito problematico, tipico dell'annullabilità, rispetto a quello proprio della nullità, tradizionalmente circoscritto ai vizi che attengono agli elementi intrinseci del negozio, e cioè la causa, il contenuto e, al limite, il difetto assoluto di legittimazione. Distinzione che la Cassazione a S.U. sembra mantenere, nel suo recente intervento in materia di contratti di investimento, come punto fermo del sistema, nella misura in cui opportunamente distingue fra le patologie del contratto inteso come regolamento d'interessi e quelle del contratto come fatto giuridicamente rilevante per l'ordinamento”.

²⁶⁶ In tal senso si è ad esempio espresso il Tribunale di Roma sez. IX, 11 marzo 2005 che ha reputato sussistente un “responsabilità dell'intermediario, sicuramente di natura contrattuale, rientrando i doveri comportamentali di quest'ultimo nella prestazione, strutturalmente complessa, alla quale si è obbligato nei confronti del cliente, le norme generali in tema di inadempimento o inesatto adempimento, con conseguente diritto dell'investitore a ricevere il ristoro del pregiudizio patrimoniale subito in dipendenza dell'acquisto dei valori mobiliari, rimanendo a carico dell'intermediario inadempiente il rischio dell'esito negativo dell'investimento.” In senso conforme anche Tribunale di Roma, sez. II, 25 maggio 2005; in senso conforme anche il Tribunale di Lecce, 12 giugno 2006, n. 1105.

Della questione sono state investite, dunque, le Sezioni Unite della Cassazione²⁶⁷ che, accogliendo l'orientamento già espresso in altre pronunce della stessa Corte, hanno concluso che la violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non dà luogo ad una nullità del contratto per violazione di norme imperative, ma, a responsabilità precontrattuale, con il conseguente obbligo di risarcire il danno, qualora tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto, ed a responsabilità contrattuale *ex art. 1218 ss. c.c.*, con eventuale risoluzione del contratto ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., qualora le violazioni avvengano nella fase dell'esecuzione del contratto.²⁶⁸

²⁶⁷ Cfr. Cass. civ., I sez., ord. 16/02/2007, n. 3683, la quale, proprio quando sembrava si stesse consolidando l'orientamento indicato dalla Cassazione, ha mostrato di propendere per la tesi della nullità virtuale rimettendo alle Sezioni Unite la risoluzione del contrasto tra la tesi della responsabilità precontrattuale e quella, appunto, della nullità virtuale. In particolare la Corte in tale ordinanza osserva, in difformità all'orientamento espresso da altre pronunce della stessa corte, che: "la nullità del contratto può derivare anche dalla violazione di norme imperative che non attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura ed al contenuto del contratto, ma che pongono limiti all'autonomia negoziale delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati contraenti e dell'esistenza di specifici presupposti" (...) "In realtà frequenti sono i casi giurisprudenziali di dichiarazione della nullità del contratto per violazioni di norme imperative non attinenti al contenuto del negozio, oppure concernenti la mancata attuazione di adempimenti preliminari o le modalità esecutive del rapporto contrattuale."

Inoltre l'ordinanza in esame richiama una pluralità di indici normativi, di derivazione comunitaria, quali ad esempio le disposizioni in tema di abuso di dipendenza economica, o in materia di contratti a distanza, o ancora in tema di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, che dimostrerebbero "un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto". Inoltre, osserva la Corte, "non sembra che possa efficacemente obiettersi che il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto rilevi, ai fini della nullità, solo in quanto espressamente previsto dalla specifica norma di legge, poiché, una volta messo in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità e ammesso che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio, non sembra esservi ragione perché, in presenza di comportamenti contrattuali che violino precetti che si ritengano imperativi, anche se non assistiti dalla esplicita sanzione di nullità, non possa trovare applicazione la disposizione dell'art. 1418 c.c., che configura un'ipotesi di nullità virtuale rivolta a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una espressa sanzione di nullità."

²⁶⁸ Cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Sull'argomento si vedano, tra gli altri, i commenti di VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti* 2/2008, p. 104 ss.; VIGLIONE R., *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Studium Iuris*, 5/2008, p. 536 ss.; SALANITRO U., nota a

A tale conclusione la Suprema Corte giunge attraverso un'attenta ricognizione dei principi del codice civile ed in particolare dell'obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento.²⁶⁹ In particolare la Cassazione ribadisce la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, concludendo che la violazione della correttezza determina responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto ma non la nullità dello stesso in quanto "il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo ... legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

Né tale considerazione è vanificata, secondo la Cassazione, dall'evoluzione della legislazione speciale, introdotta anche per incidenza della normativa europea, che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento, in quanto dalle norme speciali non si può ricavare un principio applicabile a settori diversi e nulla tutoria a trarre dalle nuove disposizioni, contenenti per lo più nullità speciali, regole generali in contrasto con l'impostazione del codice civile.

Contrapponendosi alla prospettiva dell'ordinanza di rinvio, dunque, le sezioni unite negano espressamente che sulla violazione di regole di comportamento si possa fondare la nullità del contratto in virtù dell'art. 1418 c. 1, c.c.: tale disposizione, infatti, avrebbe un ambito di applicazione limitato alla violazione delle norme che attengono alla struttura e al contenuto del contratto, nonché delle norme che in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente vietano la stessa stipulazione del contratto.

Nell'ambito di applicazione della norma non rientrerebbe, pertanto, il contratto concluso in violazione di norme "afferenti alla concreta modalità

Cass. civ. S.U. 26724/2007, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *NGCC* 2008 p. 432; MAZZINI F., *L'ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell'intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite in Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2008, p. 703 ss.

²⁶⁹ VETTORI G., *op. cit.*, p.105.

delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti²⁷⁰, tranne che non sia prevista esplicitamente la nullità, ma in tal caso ricorrerebbe l'applicazione dell'art. 1418, c. 3, c.c..

Applicando le considerazioni suesposte alla questione che ci interessa, se le pratiche commerciali scorrette possano inficiare la validità del conseguente contratto, deve concludersi, come si accennava prima, per l'esclusione del rimedio della nullità. Infatti, il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette si configura certamente come norma di carattere imperativo, ma ha ad oggetto un comportamento commerciale, una condotta tenuta dal professionista nello svolgimento della propria attività di offerta dei prodotti e servizi al pubblico, con la conseguenza che la sua violazione, non inficiando la struttura o il contenuto del contratto, non può comportare la nullità del contratto che lo viola.²⁷¹

La tesi della nullità potrebbe essere sostenuta, come proposto da autorevole dottrina²⁷², per altra via, facendo leva sull'*irrazionalità* del contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale sleale.

Tale dottrina evidenzia come “la teoria del contratto dal codice napoleonico al codice germanico si costruisce di pari passo con la teoria economica (...): parti libere ed eguali valutano la propria utilità marginale nello scambio secondo razionalità”; in particolare: poiché la razionalità è il fondamento dell'autonomia negoziale, è razionale anche che il vincolo cada quando la razionalità è mancata.²⁷³

In sintesi, secondo questo Autore, il contratto stipulato a seguito di pratica commerciale scorretta, evidenzia una violazione di quella razionalità economica che deve invece essere sottesa ad ogni libera scelta contrattuale; ed allora è proprio la irrazionalità in discorso a determinare la invalidità del

²⁷⁰ Cass., sez. un., 19/12/2007, n. 26724.

²⁷¹ In senso conforme NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.

²⁷² GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I contratti* 2/2006, p. 159 ss.; vedi anche ID., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti* 4/2008, p. 393 ss.

²⁷³ GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, *cit.*, p. 169.

contratto, nella forma della nullità di protezione. Infatti secondo la tesi in esame “anche la lesione della capacità di intendere, ovvero della capacità di volere ma al di fuori dei vizi tradizionali” giustificerebbe la sanzione della nullità relativa, un’invalidità “di protezione” che è pur sempre nullità in quanto comunque connessa ad un interesse generale, e quindi rilevabile d’ufficio e imprescrittibile, ma che, essendo di protezione, opera solo a vantaggio della parte protetta.²⁷⁴

Dunque l’omissione di informazioni che servono alla formazione di un consenso libero e consapevole, comporterebbe sempre l’invalidità del contratto, perché attesterebbe la mancanza, o comunque il vizio, di un elemento fondamentale, quale è l’accordo.

Alla base di questa affermazione c’è l’idea che elemento essenziale del contratto sia non il semplice consenso, bensì il “consenso informato”, in mancanza del quale il contratto non potrebbe che essere invalido.²⁷⁵

A conferma di ciò l’Autore constata che nel codice del consumo il fenomeno della distorsione della volontà del consumatore risulterebbe generalmente sanzionato con il rimedio della nullità speciale, di tipo relativo, come emergerebbe dal caso paradigmatico delle clausole vessatorie e delle altre varie nullità previste dallo stesso codice del consumo.²⁷⁶

Ma anche tale tesi non convince. Innanzitutto occorrerebbe adeguatamente sviluppare le premesse storico-ricostruttive della analisi economica del comportamento e delle scelte degli operatori del mercato, ed in secondo luogo

²⁷⁴ Così GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, *op. cit.*, p. 171; ID., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *op. cit.*, p. 401, ove l’Autore osserva che “La nullità che qui si ipotizza si attegge necessariamente se del caso, come nullità “di protezione”. Sarebbe cioè una nullità per violazione dell’ordine pubblico economico di protezione.”

²⁷⁵ GENTILI A., *op. ult. cit.*, p. 399 ss. In senso contrario si esprimono, invece, ROPPO V. - AFFERNI G. *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale* in *Danno e responsabilità* 1/2006, p. 32, nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, i quali definiscono in modo condivisibile come “fortemente eversivo” del concetto di accordo delle parti asserire che elemento essenziale del contratto sarebbe non il mero accordo ma l’accordo informato.

²⁷⁶ GENTILI A., *op. ult. cit.*, p. 401, il quale afferma che “Bastano due casi paradigmatici del diritto recente. Nelle clausole vessatorie dei contratti dei consumatori il consenso c’è, ma viziato dalla disinformazione che ha prodotto significativo squilibrio, è nullo. Nei patti degli imprenditori in condizioni di dipendenza economica il consenso c’è, ma viziato dall’abuso che ha prodotto eccessivo squilibrio, è nullo. È abbastanza per concludere che nel sistema opera il principio per cui un consenso non consapevolmente e liberamente formato giustifica la nullità relativa del contratto”.

chiarire perché mai il rimedio per una scelta irrazionale debba necessariamente ricondursi al sistema della nullità, sia pure speciale. In proposito, infatti, l'Autore si limita ad affermare che la normativa comunitaria in esame fornisce un parametro di valutazione del carattere scorretto della pratica commerciale che "difficilmente acquista significato concreto fuori della tradizionale impostazione in termini di invalidità" poiché sia la pratica ingannevole che quella aggressiva sono giudicate tali solo in quanto abbiano inciso sulla decisione commerciale del consumatore, limitando notevolmente la sua libertà di scelta.

Inoltre, va ribadito che requisito del contratto è l'"accordo", senza ulteriori qualificazioni.²⁷⁷

Ma più in generale, in senso contrario a tutte le tesi che fanno riferimento alla nullità come rimedio per la violazioni della normativa in esame, va rilevato che la nullità dovrebbe essere un rimedio da applicarsi solo in via residuale, laddove risulti che l'ordinamento non offra altri strumenti, diversi da essa, idonei a garantire i tipi di interessi tutelati dalla disciplina violata.²⁷⁸ E nel caso delle pratiche commerciali scorrette l'ordinamento può proteggere i consumatori e il buon funzionamento del mercato anche attraverso rimedi diversi dalla nullità, come la tutela pubblicistica e il risarcimento del danno, che consentono di mantenere la stabilità delle relazioni negoziali. A ciò si aggiunga che comunque la stessa idea di applicare la nullità come rimedio di tipo residuale, in materia di violazione delle regole di formazione del contratto, potrebbe determinare la conseguenza di applicare irragionevolmente la sanzione più severa proprio alle violazioni per le quali il legislatore sembrerebbe aver mostrato maggiore disinteresse sul piano civilistico.

²⁷⁷ Così D'AMICO G., *op. ult. cit.*, p. 567 ss.

²⁷⁸ Così MAUGERI M.R., *op. ult. cit.* p. 280, nonché in giurisprudenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724, ove si legge che "Così stando le cose, la tesi secondo cui il mancato rispetto dei surriferiti doveri comportamentali dell'intermediario nella fase prenegoziale o in quella attuativa del rapporto sarebbe idoneo a riflettersi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente, priva com'è di base testuale e di supporti sistematici, potrebbe nondimeno conservare una qualche plausibilità *solo ove risultasse l'unica in grado di rispondere all'esigenza* - sicuramente presente nella normativa in questione e coerente con la previsione dell'art. 47, comma 1, Cost. - di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela."

Inoltre la tesi della nullità non convince laddove ci si esprima in termini di nullità parziale,²⁷⁹ in quanto basta esaminare alcune delle ipotesi indicate nella lista nera di cui all'art. 23 c. cons. per capire che in linea di massima non è possibile una caducazione parziale del contratto.²⁸⁰

Ed ancora non sembra possibile l'applicazione analogica delle norme che comminano la sanzione della nullità relativa, come proposto anche da altra dottrina²⁸¹, dal momento che si fa riferimento a fattispecie tra loro eterogenee, difficilmente generalizzabili.²⁸² D'altronde non sembra neanche possibile riscontrare nel codice del consumo una convergenza delle sanzioni verso il rimedio della nullità, anzi l'apparato sanzionatorio emergente dal suddetto codice è piuttosto articolato, comprendendo tra gli altri anche i rimedi del recesso, della ripetizione dell'indebitato, della sottoposizione delle pretese del professionista a determinate *condicio iuris*.

Infine troppo generico appare il criterio della violazione di norme di interesse generale per poter fondare il ricorso alla sanzione della nullità, e comunque la nullità sembra un rimedio eccessivamente radicale in un campo qual è quello delle pratiche commerciali sleali, estremamente variegato, tale da comprendere ipotesi gravi di alterazione del consenso e ipotesi in cui l'alterazione del consenso può essere assai lieve.²⁸³

Le suesposte considerazioni non impediscono, come vedremo meglio nel capitolo successivo, di ritenere applicabile il rimedio della nullità laddove la pratica commerciale scorretta sia stata tale da inficiare la validità del contratto ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c., ossia per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto, per illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345

²⁷⁹ MAUGERI M.R., *op. ult. cit.* p. 265 ss.

²⁸⁰ v. art. 23 c. cons. Per il quale: "Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta; b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione; c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura (...).

²⁸¹ Si tratta della tesi sostenuta da DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1/2007, p. 62, il quale propone di estendere in via analogica al divieto di pratiche commerciali scorrette figure testuali di nullità relativa, come quella di cui all'art. 67 *septies decies*.

²⁸² MIRONE A., *op. cit.*, p. 313.

²⁸³ MIRONE A., *op. cit.*, p. 316.

o per mancanza nell'oggetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c., cioè liceità, possibilità o determinatezza.

3. Consenso viziato e annullabilità dell'atto

Un altro possibile mezzo di tutela del consumatore singolarmente considerato potrebbe essere ravvisato nelle norme civilistiche sui vizi della volontà, ed in particolare gli artt. 1439-1440 in tema di dolo, essendo l'annullabilità per violenza immaginabile solo nei casi estremi di comportamenti aggressivi che si risolvano in costrizioni fisiche o psichiche, ovvero in minacce, molestie, indebito condizionamento, secondo quanto dispone l'art. 24 c. cons.

Come è noto, del resto, nel sistema del nostro codice civile l'istituto dell'annullabilità è pensato proprio in funzione di tutelare il consenso negoziale da un non regolare processo di formazione della volontà, per cui tale rimedio si presenta come “naturalmente” adeguato a risolvere problemi come quello in esame, in cui la libertà negoziale del consumatore viene lesa dalla pratica scorretta posta in essere dal professionista.²⁸⁴

E, infatti, da una semplice lettura della normativa dettata in tema di pratiche commerciali scorrette, e soprattutto dagli articoli relativi alle pratiche ingannevoli, emerge con evidenza un richiamo alla disciplina dei vizi della volontà ed in particolare al dolo.²⁸⁵

D'altronde una fattispecie speculare è quella prevista all'art. 8 della legge 6.5.2004, n. 129 in tema di affiliazione commerciale, ossia di franchising, laddove dispone che se una parte abbia fornito false informazioni, l'altra possa chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.

²⁸⁴ Cfr. TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 129; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 781, il quale afferma che se la violazione, in sede precontrattuale, del divieto di pratiche commerciali scorrette “di norma, non è di per sé idonea a determinare la nullità del contratto dal professionista stipulato con il singolo, concreto consumatore, può invece, in non pochi casi, comportarne l'invalidità nella sua forma dell'annullabilità”.

²⁸⁵ Cfr., fra gli altri, COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà* in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo*, Milano, 2007, p. 245 ss.

Inoltre, come si è già in precedenza rilevato, la disciplina delle pratiche ingannevoli sembra attribuire rilevanza anche al dolo incidente, come emerge dal combinato disposto dell'art. 18, *lett. m)* e dell'art. 21 c. cons.

Di conseguenza laddove l'uso di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista abbia integrato gli estremi del dolo, determinante o anche incidente, si potrà senz'altro applicare la relativa disciplina.²⁸⁶

In merito al rimedio in esame, quindi, è stato osservato²⁸⁷ che le figure dell'annullabilità per dolo o violenza sono certamente compatibili con la disciplina della pratiche commerciali sleali, per cui il problema non è quello di verificare la compatibilità di tali rimedi con la normativa *de quo*, ma di accertare se la violazione dei divieti contenuti in tale normativa possa determinare di per sé conseguenze invalidative, oppure debba determinare una rilettura in via interpretativa delle fattispecie del dolo e della violenza o quantomeno incidere in termini di semplificazione dell'onere probatorio.

La tesi dell'annullabilità è stata presa in considerazione da diversi autori con molteplici argomentazioni e a diverso titolo.

Già in sede di prima lettura della direttiva parte della dottrina ha ritenuto possibile applicare in modo generalizzato la disciplina del dolo alle pratiche ingannevoli e quella della violenza alle pratiche aggressive.

In particolare è stato evidenziato²⁸⁸ che l'art. 6 della direttiva, definendo ingannevoli le pratiche commerciali che, contenendo informazioni false o non

²⁸⁶ Pertanto il dolo sarà causa di annullamento del contratto se determinante, mentre comporterà risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1440 c.c., senza inficiare la validità del contratto, laddove sia stato solo incidente. Diverse sono anche le conseguenze sul piano risarcitorio in quanto la vittima del dolo determinante ha diritto al risarcimento del danno corrispondente all'interesse negativo nella misura di quanto risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto ai sensi dell'art. 1338 c.c. Nel caso di dolo incidente, invece, il rimedio a disposizione della vittima dell'inganno è il risarcimento dovuto per la violazione della clausola generale di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto nella misura di "tutte le utilità perse dalla vittima per avere contrattato alle condizioni suggerite dall'inganno. Si veda in proposito ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 821 ss. Come confermato dalla giurisprudenza, infatti, la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede "rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido". Ed in tal caso "il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale va ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto." (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024). Con la conseguenza che se la condotta menzognera ha determinato l'acquisto di un bene ad un prezzo più elevato, il risarcimento coinciderà con la differenza di prezzo.

²⁸⁷ MIRONE A., *op. cit.*, p. 309 ss.

²⁸⁸ NUZZO M., *op. cit.*, p. 238 ss.

veritiere, sono idonee ad ingannare il consumatore medio o, comunque, lo inducono ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, richiamerebbe la categoria del dolo determinante, mentre le fattispecie di cui all'art. 7 della direttiva sarebbero chiaramente riconducibili allo schema del dolo omissivo (c.d. reticenza), in relazione al quale la nostra giurisprudenza è costante nel ritenere che nel nostro sistema il semplice silenzio e la reticenza non siano di per sé sufficienti ad integrare il dolo ogni volta che si limitino a non contrastare la percezione della realtà dell'altro contraente, essendo necessario, affinché acquistino rilievo, che si inseriscano all'interno di un complesso di circostanze e comportamenti volti a determinare l'errore dell'altro contraente.²⁸⁹

La categoria della violenza risulterebbe, invece, evocata dall'art. 8 della direttiva, il quale contiene la definizione delle pratiche commerciali aggressive.

Nello stesso senso si è espressa altra dottrina²⁹⁰ la quale ha, inoltre, precisato che l'evocare il dolo o la violenza non costituisce, però, una mera precisazione di quanto è già presente nel sistema. La direttiva, infatti, avrebbe "tipizzato" determinati comportamenti che assumono, in tal modo, una propria autonoma rilevanza, per cui in presenza di questi comportamenti il consumatore può essere esonerato dall'onere della prova.

In pratica, la direttiva sembrerebbe permettere al consumatore di ottenere l'annullamento del contratto anche in assenza di prove in merito alla rilevanza del comportamento nella sua sfera individuale, oltre che in merito agli elementi configurativi dell'ingannevolezza o della violenza del professionista.²⁹¹

²⁸⁹ Cfr. Cass. n. 9253/2006: "pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l'annullamento del contratto, tuttavia esso rileva a tal fine solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, realizzare l'inganno perseguito".

²⁹⁰ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in "Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano", a cura di E. Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 22-23, la quale afferma che "il singolo contraente, posto che la 'direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale', può ricorrere all'annullabilità del contratto per dolo o violenza."

²⁹¹ In senso conforme a ROSSI CARLEO L. anche NUZZO M., *op. cit.*, p. 234 ss. il quale afferma con riferimento alle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli che "le

Queste tesi, tuttavia, non convincono sotto due profili.

Innanzitutto non pare possibile applicare in modo generalizzato la disciplina del dolo alle pratiche ingannevoli e la disciplina sulla violenza alle pratiche aggressive.

Infatti, con riguardo alle pratiche aggressive non sembra sussistere una reale contiguità con il vizio della violenza, visto che le suddette pratiche, e soprattutto quelle indicate nella lista nera di cui all'art. 26 c. cons., sono considerate aggressive non tanto perché comportino una necessaria coercizione materiale della volontà del consumatore, ma perché in generale determinano un'intrusione socialmente indesiderata nella sfera privata degli utenti, che si può manifestare in molteplici modi, ad esempio anticipando il momento del contatto commerciale ad un ambito che l'ordinamento vorrebbe preservare da eccessivi condizionamenti (si vedano in proposito le lettere *b* e *c*); o creando ostacoli alla possibilità del consumatore di sottrarsi al contratto commerciale creando l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto (lettera *a*); o ancora utilizzando impropriamente la particolare condizione di debolezza di soggetti come i bambini (lettera *e*).

Perciò il concetto di coercizione dell'autodeterminazione contrattuale risulta essere decisamente marginale rispetto al complesso delle pratiche aggressive.²⁹²

pratiche commerciali ingannevoli individuate dall'allegato 1 della direttiva, le quali sono considerate in ogni caso sleali, con la conseguenza che in presenza di queste situazioni la pratica commerciale dovrà ritenersi di per sé determinante, senza necessità di svolgere una valutazione in concreto della effettiva efficacia ingannevole rispetto a quel determinato consumatore. Alla semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento doloso si collega, poi, una ulteriore incidenza sul piano dell'onere della prova nel senso che, una volta che si sia realizzato uno dei comportamenti elencati dall'allegato 1 della direttiva, il consumatore sarà esonerato dall'onere di provarne la concreta efficacia determinante rispetto alla sua scelta individuale”, e con riferimento alle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso aggressive che “in presenza di queste situazioni si determinerà una semplificazione del giudizio di rilevanza della pratica commerciale e, di riflesso, dell'onere probatorio che grava sul consumatore.” In sintesi, secondo l'Autore, con riferimento alle azioni ingannevoli e pratiche aggressive, mentre le fattispecie indicate agli art. 6 e 8 della direttiva sono considerate scorrette solo laddove se ne accerti l'efficacia determinante rispetto alla scelta economica di quel determinato consumatore, quelle indicate nella lista nera dell'allegato 1 alla direttiva, invece, sono considerate in ogni caso sleali, con semplificazione del giudizio di rilevanza della pratica commerciale e, conseguentemente, dell'onere probatorio che grava sul consumatore.

²⁹² MIRONE A., *op. cit.*, p. 318.

Ed ancora, vi sono delle fattispecie espressamente riconosciute come pratiche commerciali aggressive che sembrano evocare piuttosto la disciplina in tema di dolo, o addirittura quella in materia di inadempimento, ma certamente non la violenza.²⁹³ Così ad esempio, non si vede come si possa chiedere l'annullamento del contratto per violenza a fronte del comportamento di un professionista che abbia lasciato intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente (ipotesi prevista dall'art. 26 lettera h, c. cons.), oppure abbia imposto al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o abbia omesso sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali (art. 26 lettera d).

In secondo luogo le suddette tesi non convincono con riferimento al profilo dell'esonero del consumatore dall'onere probatorio, in quanto il mero utilizzo di una pratica commerciale sleale non giustifica una presunzione assoluta circa l'efficacia determinante della pratica stessa sul consenso dell'altra parte. Appare cioè sempre necessario provare in concreto l'incidenza positiva della pratica sleale sulla volontà del contraente ai fini dell'annullamento.²⁹⁴

Tuttavia, in questi casi si potrebbe pensare ad un'inversione dell'onere della prova.²⁹⁵

Secondo un altro orientamento²⁹⁶ l'annullabilità costituirebbe una conseguenza automatica della violazione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli, in quanto l'illecito contemplato negli artt. 1439 e 1440 c.c.

²⁹³ MAUGERI M.R., *op. ult. cit.*, p. 282-283.

²⁹⁴ DI CATALDO V., *op. cit.*, p. 342.

²⁹⁵ MAUGERI M.R., *op. ult. cit.*, p. 283. Ma in senso contrario DI CATALDO V., *op. cit.*, p. 333 ss., in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova, 2008, P. 342.

²⁹⁶ CALVO R., *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, *op. cit.*, p. 218.

potrebbe essere determinato anche dalla mera negligenza del contraente qualora costui, pur non perseguendo il fine dell'inganno, abbia comunque indotto in errore l'altro contraente a causa della propria noncuranza.

La tesi in esame contesta l'asserzione diffusa in dottrina, secondo la quale per integrare gli estremi del dolo *causam dans* o del dolo incidente sia necessario che il raggiro si elevi a causa determinante l'alterazione del corretto procedimento di formazione della volontà, con la conseguenza della necessità di accertare, ulteriormente, la sussistenza dell'elemento soggettivo, costituito dall'*animus decipiendi*, cioè dalla coscienza e volontà di distorcere il vero o simulare il falso allo scopo di far cadere in errore la vittima del raggiro.

La dottrina tradizionale, infatti, considera irrilevante la semplice menzogna, non accompagnata da una condotta ingannatoria ai fini di integrare lo schema del dolo²⁹⁷, cosicché il dolo è causa di annullamento del contratto se dà origine all'errore e non anche quando si limiti a sfruttare il precedente stato di errore in cui versava la controparte.

Al fine di mettere in discussione la suddetta tesi l'Autore evidenzia l'importanza della corretta individuazione del bene della vita protetto dalla normativa sul dolo vizio, e cioè l'interesse ad una corretta formazione della volontà, a sua volta strumentale all'esercizio dei poteri di piena autodeterminazione e autoresponsabilità. Infatti, può dirsi che l'interesse ad una libera e corretta formazione della propria volontà negoziale è lesa sia in presenza della coscienza e volontà dell'inganno da parte del *deceptor*, sia quando l'inganno sia frutto di mera superficialità, e quindi di colpa.²⁹⁸

I requisiti del dolo contrattuale e della pratica commerciale ingannevole verrebbero dunque a coincidere perché entrambi i gruppi di norme, in tale ottica, sanzionano l'agire decettivo del professionista prescindendo dalla sua consapevolezza di ledere la capacità di autodeterminazione del consumatore.

²⁹⁷ TRABUCCHI A., in *Novissimo dig. it.*, voce *Dolo (diritto civile)*, p.153.

²⁹⁸ Del resto, come è stato osservato il termine "raggiero" da un punto di vista letterale non esclude "ogni generico inganno", e comunque "qualsiasi comportamento umano, il quale induca altri in errore, può costituire l'elemento oggettivo del raggiero, purché l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere. Solo in questa antidoverosità del comportamento menzognero è ravvisabile la tipicità della condotta di cui all'art. 1439 c.c.". Si veda in proposito SACCO R., *Il contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 555-556.

La differenza fra le due discipline risiederebbe semplicemente nel fatto che il decreto legislativo n. 146 del 2007 tutela i consumatori intesi come categoria, mentre la disciplina del codice civile si applica al consumatore singolo, al singolo contratto viziato dallo scorretto agire del professionista.²⁹⁹

Un altro argomento in proposito può trarsi dall'art. 1337, norma che impone non solo di agire in buona fede durante le trattative, ma anche di evitare di suscitare falsi affidamenti o aspettative tramite dichiarazioni imprudenti e non veritiere.

Dunque il mendacio, in quanto contrario alla buona fede assumerà le forme dall'antigiuridicità e del raggiro, divenendo rilevante ai fini dell'annullamento del contratto.

La clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. costituisce, quindi, la fonte di un obbligo che incombe sul contraente più informato di comunicare le informazioni di cui sia in possesso al contraente che non abbia la possibilità di accedervi. E la violazione della clausola della buona fede realizzata mediante l'omissione di informazioni rilevanti da parte di un contraente nei confronti dell'altro, costituisce fonte di responsabilità precontrattuale e, nello stesso tempo, vizio della volontà rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c., il quale può

²⁹⁹ *Contra* COSTA A., *op. cit.*, p. 245 ss., il quale ritiene che “il parallelo perde probabilmente valore qualora si vadano ad analizzare gli ulteriori e necessari requisiti che il codice civile esige per ottenere l'annullamento del contratto.” Ad esempio, per quanto riguarda le pratiche commerciali ingannevoli, la nuova disciplina pare riferirsi al dolo in quanto si suppone che la pratica sia stata posta in essere volontariamente dal professionista sfruttando tecniche di promozione e marketing molto incisive e sfruttando una posizione di vantaggio rispetto al consumatore. “Tuttavia (...) i requisiti posti dal codice civile per l'ipotesi di dolo, e quindi per il possibile annullamento del contratto, sono abbastanza stringenti. Occorre infatti la dimostrazione dell'esistenza di un inganno e della sua imputabilità all'altra parte (oppure che essa lo abbia conosciuto e ne abbia approfittato). È necessario altresì che l'inganno sia stato determinante nel viziare la volontà del *deceptus*, dimostrando che il contratto non sarebbe stato concluso o, nell'ipotesi di dolo incidente, che sarebbe stato concluso o, nell'ipotesi di dolo incidente, che sarebbe stato concluso a condizioni differenti.” Per quanto concerne le pratiche commerciali aggressive, l'Autore ha sostenuto che gli artt. 1434 c.c. e 24 c. cons. si riferiscono ad un comportamento che vizia la scelta economica del consumatore, incidendo sulla formazione della sua volontà e inducendolo a concludere una determinata operazione; ma la sovrapposizione fra le due ipotesi non può essere completa perché il codice civile “dà rilevanza alla minaccia solamente quando essa sia di ‘tal natura da fare impressione su di una persona sensata’ (...) e, soprattutto, quando implica un ‘male ingiusto e notevole’ contro la persona o i beni del danneggiato (o di persone a lui prossime)”. Invece la disciplina della pratica aggressiva prende in considerazione gli indici dell'art. 25: “circostanze, queste, che appaiono forse più tenui e non necessariamente riconducibili alle fattispecie contemplate dal nostro codice civile”.

essere fatto valere con domanda di annullamento proponibile cumulativamente e in via autonoma rispetto a quella di risarcimento del danno.³⁰⁰

Ulteriore argomento a sostegno dell'orientamento in esame si ravvisa nella sostituzione, nel campo delle pratiche commerciali sleali, del dolo-vizio con la fattispecie, neutra sotto il profilo soggettivo, delle azioni ingannevoli.

L'art. 20, c. 2 c. cons., infatti, contempla fra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata la sola contrarietà alla diligenza professionale, senza riferimento alcuno né al dolo né alla colpa grave, così come in tema di omissioni ingannevoli (art. 22 c. cons.) si reputa sufficiente la reticenza colposa o involontaria.³⁰¹

Perciò, anche a voler aderire alla tesi più rigorosa secondo la quale la disciplina del dolo contenuta nel codice civile presuppone necessariamente coscienza e volontà del comportamento volto ad ingannare l'altro contraente, l'abbandono da parte della disciplina sulle pratiche commerciali sleali dell'immedesimazione tra il dolo e l'*animus decipiendi*, dovrebbe significare che per integrare la condotta di cui all'art. 21 c. cons. rileva esclusivamente il dato obiettivo della falsa informazione, a prescindere dall'elemento soggettivo.

Secondo un altro orientamento, invece, l'introduzione della disciplina in tema di pratiche commerciali sleali comporterebbe la necessità di rielaborare le figure del dolo e della violenza.³⁰²

Si osserva, infatti che l'art. 1439 c.c. troverà ampia applicazione anche perché la nuova disciplina incide sull'interpretazione di tale articolo³⁰³; infatti, come è stato già detto, nell'imporre gli obblighi di informazione "il legislatore

³⁰⁰ CALVO R., *op. ult. cit.*, 2008, p. 238 ss..

³⁰¹ Sul punto si rinvia al capitolo II.

³⁰² Parla di un "ripensamento" dei vizi della volontà ed in particolare del dolo DI CATALDO V., *op. cit.*, p. 342.

³⁰³ MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 487, che reputa l'annullabilità lo "strumento meno distonico rispetto al sistema di quanto non sia la nullità", e dunque ritiene che "nella maggioranza dei casi potrà essere invocata la disciplina del dolo laddove siano state violate le prescrizioni in materia di pratiche ingannevoli (anche omissive) e quella sulla violenza qualora risultino violate le prescrizioni in materia di pratiche aggressive. Sempreché, ovviamente, il legislatore non abbia previsto altrove rimedi diversi."

procede con empiria, e non pensa all'art. 1439. Ma procede e, involontariamente, modifica il significato dell'art. 1439".³⁰⁴

In particolare, sembra possibile che la circostanza che risultino integrati gli estremi della disciplina in tema di pratiche ingannevoli possa consentire di attribuire rilevanza, ai fini del dolo, anche al mero mendacio.³⁰⁵

Per capire come la nuova disciplina possa incidere sull'interpretazione della disciplina sul dolo è necessario, secondo la tesi in esame, ricordare che ad avviso della dottrina tradizionale sono requisiti del dolo vizio: l'intenzionalità, il comportamento attivo diverso dal mero mendacio o dalla reticenza idoneo ad indurre in errore la vittima, l'errore della vittima e un nesso di causalità fra comportamento ed errore.

Tale impostazione è fondata sull'idea secondo la quale nella distribuzione bilaterale degli oneri di diligenza il legislatore si è tenuto alla regola secondo la quale "ciascuna delle parti deve tutelare i propri interessi, soprattutto con la più completa possibile informazione. *Caveat emptor* (...). Finché il meccanismo contrattuale resta quello che è, non si arriverà all'annullamento, come regola generale, per la semplice violazione della fiducia che una parte abbia nell'onestà dell'altra, e perché questa non abbia sufficientemente illuminato la prima sulla portata e sul contenuto delle clausole contrattuali (...). Molte regole in argomento, tratte da principi giuridici e da necessità pratiche, ripetono sostanzialmente che per avere il soccorso del diritto si deve vigilare e non dormire."³⁰⁶

In tale prospettiva sono chiare le ragioni per cui si nega valore alla reticenza o al mendacio.

Tuttavia, tale impostazione tradizionale sembra potersi dire superata essendo stata più volte criticata dalla dottrina, anche sostenendo che il sistema consentiva già da tempo interpretazioni diverse da quelle mutate dalla

³⁰⁴ Così SACCO R., voce *Raggio*, in *Dig. IV, Disc. Priv. Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 256.

³⁰⁵ Così MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 283; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss..

³⁰⁶ Così TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova, 1937, p. 493, nt. 1.

tradizione³⁰⁷, e disattesa dalla giurisprudenza che in diverse occasioni, almeno in certi contesti, ha attribuito rilevanza al mendacio e alla reticenza.³⁰⁸

Riconosciuta questa inversione di tendenza, va rilevato come il legislatore abbia preso atto dell'assoluta asimmetria fra alcune delle parti contraenti e, conseguentemente, introdotto degli obblighi di informazione allo scopo di contrastare l'impossibilità del consumatore di accedere alle informazioni rilevanti e consentire al mercato di funzionare.

Perciò la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette impone obblighi di informazione corretta a carico del professionista, per perequare l'asimmetria informativa che determina uno dei fallimenti del mercato.³⁰⁹

Questo vuol dire che la selezione degli interessi rilevanti nella disciplina sul dolo deve considerarsi mutata rispetto al passato.

In particolare secondo l'orientamento in esame³¹⁰, la circostanza che risultino integrati gli estremi della disciplina in tema di pratiche ingannevoli rende possibile attribuire rilevanza, ai fini del dolo, anche al mero mendacio.³¹¹

Un'indicazione in questo senso, del resto, può ravvisarsi, anche se con riferimento a rapporti che non coinvolgono per definizione i consumatori, nella disciplina sull'affiliazione commerciale e più precisamente nell'art. 8 della legge 6 maggio 2004, n. 129, in base al quale nel caso in cui una parte abbia fornito false informazioni, l'altra parte "può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 del codice civile".

Dunque, con riferimento alle pratiche sleali omissive, ed in particolare agli obblighi di informazione a carico del professionista di cui all'art. 22, c. 4, c.

³⁰⁷ Cfr. SACCO R., *op. ult. cit.*, 252 ss. Inoltre ritiene che il mendacio e il silenzio in certe circostanze possano integrare la fattispecie dolosa se risultino idonei ad influire sul consenso BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 668.

³⁰⁸ Cfr., di recente, Cass., 5/2/2007, n. 2479, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007.

³⁰⁹ Con riferimento ai *fallimenti del mercato* si veda PATRONE Fioravante, "Limoni: asimmetrie informative e mercato", in <http://www.diptem.unige.it/patrone/default.htm>.

³¹⁰ MAUGERI M.R., *op. ult. cit.* p. 283 ss.; e più in generale, ritiene che si possa giungere attraverso la disciplina del dolo all'invalidità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento qualora non vengano rispettate le prescrizioni in materia di obblighi di informazione SPADARO G., nota a Trib. Milano 28 maggio 2005, "Violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario disciplina dei vizi del consenso: note a margine di una (discutibile) pronuncia di merito", in *Banca, borsa e titoli di credito*, 4/2007, p. 506.

³¹¹ In tal senso anche GRANELLI C., *op. cit.*, p. 781.

cons., sembra corretto ritenere che in questo caso l'omissione rilevi sotto il profilo del dolo.

In sostanza, il fatto che vengano integrati gli estremi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, sia con riferimento alle azioni ingannevoli che con riferimento alle omissioni, permette al *deceptus* di non dover dimostrare di essere in presenza di un "raggiro" giuridicamente rilevante secondo la tradizionale ripartizione degli oneri di diligenza dei contraenti perché "la nuova legge ha operato, con riferimento al rapporto fra professionista e consumatore, una nuova ripartizione degli oneri e tale ripartizione non è stata rispettata".

Comunque sarà necessaria la prova che la pratica scorretta abbia inciso sulla volontà del contraente, pur essendo possibile sostenere che in questo caso si possa avere un'inversione dell'onere della prova in quanto si può presumere l'astratta idoneità del comportamento a falsare la prospettiva del *deceptus*.

Secondo un altro orientamento ancora³¹², invece, la circostanza che la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette sia riferita al "consumatore medio" impedisce di realizzare "un travaso e una commistione fra le diverse tutele previste dalla legge contro le pratiche scorrette, la tutela collettiva/amministrativa avanti l'Autorità antitrust, introdotta dall'art. 27 c. cons., e la tutela individuale avanti al giudice ordinario, non pregiudicata dalla novella" pur astrattamente ipotizzabile.

Secondo tale tesi, il consumatore medio è la metafora o il *medium* argomentativo attraverso cui il legislatore introduce una nuova regola di concorrenza tra le imprese, incentivando taluni comportamenti ritenuti virtuosi, e individuando il livello al di sotto del quale la competizione non è consentita perché inefficiente in quanto distorsiva delle decisioni finali dei consumatori e al di sopra del quale invece essa è liberamente consentita in quanto efficiente, cioè semplicemente tale da indurre il consumatore ad assumere decisioni consapevoli.

In sostanza le regole imposte dalla nuova normativa sarebbero regole di *disclosure* dell'attività di impresa stabilite in funzione della trasparenza della

³¹² CAMARDI C., *op. cit.*, p. 408 ss..

concorrenza e non solo della tutela individuale dei consumatori, come si evincerebbe dal fatto che il loro contenuto prescrittivo specifico è rimesso alle valutazioni sulla astratta percepibilità dei linguaggi da parte di un destinatario “medio”, valutazioni non a caso affidate all’Autorità antitrust.

Il riferimento al consumatore medio, inoltre, impedirebbe che la “scorrettezza” di una pratica di mercato possa essere per ciò solo fonte di invalidità del contratto stipulato dal professionista che l’ha posta in essere, o comunque fonte di una qualche responsabilità per danni causati al consumatore.³¹³

Il divieto della pratica scorretta è, infatti, costruito come regola del mercato, la cui violazione determina quelle conseguenze “amministrative” o “pubblicistiche” che possono scaturire dall’attivazione del provvedimento di verifica da parte dell’Autorità *antitrust* senza pregiudicare l’applicazione della disciplina generale del contratto: cioè non la implica né la esclude automaticamente.

Infatti, la pratica commerciale scorretta in quanto tale resta fuori dal contratto fino a che non viene accertato il contrario, e cioè che la pratica è entrata nelle dinamiche del singolo contratto ovvero nel suo specifico regolamento.

Occorrerà, dunque, accertare caso per caso la ricorrenza effettiva dei presupposti di applicazione delle norme che regolano la validità e l’esecuzione del contratto.

Alla luce delle suesposte considerazioni ci si deve domandare se la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette possa realmente comportare un superamento dei confini tradizionalmente assegnati al dolo, e se la qualificazione di una certa condotta come sleale possa determinare automatismi di vario tipo sul piano dell’annullabilità.

La risposta sembra dover essere senz’altro negativa per quanto concerne la possibilità di determinare automatismi sul piano dell’annullamento del contratto, e con delle aperture, invece, con riferimento alla possibilità di una rilettura delle norme in tema di dolo.

³¹³ CAMARDI C., *op. cit.*, p. 412.

Infatti, la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette, come abbiamo già avuto modo di vedere, appare applicabile solo a condotte qualificabili come “pratiche” in senso stretto, cioè comportamenti rivolti alla generalità degli utenti e dunque non sembra potersi applicare in termini generalizzati a conflitti interindividuali.³¹⁴ Sarebbe, quindi, singolare che una fattispecie di divieto, costruita sull’ingannevolezza di strategie di mercato complessivamente intese, possa determinare veri e propri automatismi, anche solo di tipo presuntivo, rispetto alla validità dei rapporti negoziali stipulati dai singoli consumatori.

Inoltre la stessa nozione di consumatore contenuta nel considerando 18 della direttiva, facendo riferimento al soggetto “ragionevolmente attento ed avveduto” sembra porsi in contraddizione con la tesi del dolo, in quanto l’uso di tale criterio dovrebbe comportare un relativo abbassamento della soglia di tutela rispetto al sistema previgente, per cui anche condotte ingannevoli per il consumatore medio, e cioè per la maggioranza degli utenti, potrebbero risultare lecite, con la conseguenza di precludere ogni possibilità di considerare decettivo sul piano contrattuale quel tipo di condotta.³¹⁵

Più in generale va rilevato come la nostra giurisprudenza accolga in genere una nozione molto rigida di comportamento doloso, nozione evidentemente riferita a modelli tradizionali tra soggetti che si trovano in posizione paritaria, e, quindi, ben diversi da quelli che emergono con riferimento alla contrattazione di massa tra professionista e consumatore. L’idoneità del raggirò ad alterare la volontà contrattuale viene infatti riferita alle caratteristiche soggettive della persona che agisce in giudizio, nonché alla singola situazione di fatto³¹⁶, elementi evidentemente differenti dalla nozione oggettiva di “consumatore medio” cui fa, invece, riferimento il codice del

³¹⁴ MIRONE A., *op. cit.*, p. 319.

³¹⁵ MIRONE A., *op. cit.*, p. 320.

³¹⁶ Cfr. Cass., 27/10/2004, n. 20792 in cui si legge che “In tema di dolo, quale causa di annullamento del contratto, sia nelle ipotesi di dolo commissivo che in quello di dolo omissivo, gli artifici, i raggiri, la reticenza devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed 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”; e più recentemente Cass. 25/5/2006, n. 12424; Cass., 19/7/2007, n. 16031, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1/2008, p. 103 con nota di Tina; Trib. Roma, 14/2/2008. Più in generale, in tema di “dolo tollerato” nel discrimine tra negoziato individuale e contratto di massa, CALVO R., *op. ult. cit.*, p. 204 ss..

consumo e di potenziale idoneità del comportamento sleale ad incidere sulla libertà di scelta del contraente, la quale evidentemente prescinde da connotati di intenzionalità.

Così, ad esempio, con riferimento al messaggio pubblicitario, la Cassazione individua l'illiceità della condotta nella "colposa diffusione di un messaggio prevedibilmente idoneo ad insinuare nel consumatore il falso convincimento intorno alle caratteristiche ed agli effetti del prodotto".³¹⁷

L'orientamento della giurisprudenza, poi, si fa ancora più restrittivo con riferimento al dolo omissivo: a tale riguardo, infatti, come già detto, la Cassazione, anche influenzata dalla giurisprudenza penale in tema di truffa, ritiene che la sola reticenza o il silenzio non siano comportamenti da soli sufficienti ad invalidare il contratto, dovendosi invece inserire "in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia ed astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*".³¹⁸

Tuttavia tale orientamento non è univoco, in quanto la stessa Suprema Corte in altri casi ha sostenuto che "il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell'inganno posto in essere con una condotta positiva di raggiro e/o mediante la comunicazione di notizie false, ma può anche ravvisarsi quando siano taciute da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, fatti e circostanza decisivi che se conosciuti, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso".³¹⁹

In sintesi, dall'applicazione dell'art. 1439 c.c. emerge che è comunque necessaria la presenza di un comportamento caratterizzato da un profilo di intenzionalità.³²⁰

Nello stesso senso sembra andare anche il diritto privato europeo, come si può evincere, ad esempio, dall'applicazione dell'art. 4.107 dei Principi Lando che stabilisce che "la parte indotta a concludere il contatto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata

³¹⁷ Cassazione Sezioni unite, 15/1/2009, n. 794.

³¹⁸ Cassazione, 19/9/2006, n. 20260; Cass., 20/4/2006, n. 9253; Cass. 12/2/2003, n. 2104.

³¹⁹ Cassazione, 7/8/2002, n. 11896.

³²⁰ TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 779.

informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto”.

In questo contesto, quindi, sembra difficile ipotizzare una totale rilettura dei requisiti enunciati nel codice civile in tema di dolo conformata alle più generali previsioni contenute negli artt. 21-26 c. cons..³²¹

Inoltre non sempre l’annullamento del contratto risulta essere lo strumento più idoneo a tutelare il consumatore, fermo restando che in molte fattispecie di pratiche commerciali scorrette, in particolare quelle rientranti nella lista nera, possa essere ravvisato un comportamento integrante i caratteri del dolo con conseguente annullabilità del contratto.

Tuttavia, più in generale, non sembra potersi escludere che l’introduzione della nuova normativa in tema di pratiche commerciali scorrette abbia avuto ripercussioni nell’ambito della disciplina tradizionale con particolare riferimento al tema del dolo omissivo, nei termini in cui è stato sostenuto dalla dottrina prima riportata.

Inoltre sembra corretto ritenere che le disposizioni contenute negli artt. 21 e 22 c. cons. siano idonee ad “alleggerire” l’onere della prova gravante sul consumatore qualora questi intenda agire per l’annullamento del contratto per dolo, nel senso di determinare un’inversione dell’onere della prova in quanto si può presumere l’astratta idoneità del comportamento a falsare la prospettiva del *deceptus*, mentre non sembra che la nuova disciplina possa incidere sotto il profilo del superamento del requisito dell’intenzionalità nella disciplina sul dolo.³²²

E comunque va rilevato che anche se il legislatore può ad esempio vietare di per sé specifici contenuti pubblicitari (come in particolare l’uso della dicitura “lights” sui pacchetti di sigarette), resta pur sempre necessaria una valutazione caso per caso, laddove la stessa identificazione della pratica vietata lo esiga: l’inganno, infatti, può derivare da un vero e proprio mendacio,

³²¹ TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 779; la stessa dottrina che pure ipotizza un superamento dell’interpretazione tradizionale in tema di dolo, afferma comunque che “non sembra, invece, che la nuova disciplina possa incidere sotto il profilo del superamento del requisito dell’intenzionalità nella disciplina sul dolo.” Si veda MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 487.

³²² In tal senso MAUGERI M.R., *op. ult. cit.*, 487.

ma può anche essere attuato attraverso informazioni studiatamente parziali o di ambigua interpretazione.³²³

4. Il rimedio risarcitorio tra tutela dell'interesse lesa e reintegrazione del patrimonio

Ulteriore strada percorribile al fine di tutelare il singolo consumatore lesa da una pratica commerciale scorretta, come proposto da buona parte della dottrina, è quella della tutela risarcitoria.³²⁴

Occorre, innanzitutto, valutare se sia possibile immaginare una forma di tutela "a geometria variabile"³²⁵, che utilizzi, cioè, a seconda delle circostanze, le tre figure della responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale, oppure sia necessario individuare un preciso rimedio che abbia una portata generale.³²⁶

In realtà, la stessa possibilità di configurare un sistema di responsabilità variabile è stato oggetto di critica, in relazione ad altri istituti, ed in particolare con riferimento all'abuso di dipendenza economica, essendo stato rilevato, a tale riguardo, che a fronte di un divieto unitario il tipo di responsabilità dovrebbe essere unico.³²⁷

³²³ MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova, 2008, p. 110.

³²⁴ Si vedano in proposito: MIRONE A., *op. cit.*, p. 325 ss. il quale definisce la tutela risarcitoria "lo sbocco naturale della tutela individuale contro le p.c.s."; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 780, che afferma che "forse è proprio il rimedio risarcitorio quello maggiormente idoneo a costituire il migliore e più generale strumento di reazione individuale contro le pratiche commerciali sleali, anche perché meglio e più facilmente si adatta alle circostanze concrete, proteggendo comunque la sfera giuridica del consumatore. Ne è del resto riprova la recente introduzione delle azioni collettive finalizzate al risarcimento dei mass torts, specificamente esercitabili anche in tale settore." E ancora TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 130 ss.; DALLE VEDOVE G. in A.A.V.V. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 143.

³²⁵ MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 81 ss..

³²⁶ Cfr. MIRONE A., *op. cit.*, p. 329 ss..

³²⁷ FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 503, il quale afferma che "uno essendo il divieto violato, unica dovrebbe essere anche la conseguente responsabilità".

Tale ragionamento, tuttavia, non sembra applicabile in un settore, qual è quello delle pratiche commerciali scorrette, comprendente una grande varietà di fattispecie tra loro abbastanza eterogenee.³²⁸

Innanzitutto, dunque, secondo parte della dottrina, il consumatore leso da una pratica commerciale scorretta potrebbe ottenere un risarcimento ai sensi della disciplina sulla responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c., per violazione della libertà di autodeterminazione del singolo consumatore, protetta dalla normativa in esame.³²⁹

La tesi della responsabilità precontrattuale è stata argomentata, in particolare, osservando che le pratiche commerciali sleali, ed in generale il fenomeno pubblicitario, si inseriscono, sostanzialmente, nella fase che precede la formazione del contratto.³³⁰

Secondo parte della dottrina l'art. 1337 c.c. andrebbe considerato una clausola generale sui doveri di informazione e gli obblighi di buona fede applicabile oltre il ristretto campo della rottura ingiustificata delle trattative, anche in presenza di un contratto validamente concluso che risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto.³³¹

Tale lettura, oggi avallata anche dalla Suprema Corte³³² ma già in passato sostenuta da parte della dottrina³³³, troverebbe conferma anche nell'ambito dei principi del diritto europeo raccolti nel Draft Common Frame of Reference.³³⁴

³²⁸ In tal senso si esprime MIRONE A., *op. cit.*, p. 309 ss..

³²⁹ GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss.; RICCIUTO V., *op. cit.*, p. 137, BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 275 ss..

³³⁰ D'AMICO G., *op. ult. cit.*, p. 567 ss..

³³¹ Cfr. TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 780.

³³² Si veda in proposito Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 con nota di ROPPO V. - AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità* 1/2006, p. 25 ss..

³³³ La tesi, infatti, era già stata sostenuta molti anni fa da MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, p. 365, e da BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 13. Con particolare riferimento al tema delle pratiche commerciali scorrette si veda nello stesso senso BORTONE P., *op. cit.*, p. 275 ss.; *contra* MIRONE A., *op. cit.*, p. 330, il quale invece ritiene che la tesi della responsabilità precontrattuale trovi "un ostacolo decisivo nella posizione tuttora prevalente, almeno in giurisprudenza, che nega ingresso alla responsabilità precontrattuale nel caso in cui, come nella specie, la conclusione del contratto sia intervenuta in modo valido fra le parti."

Seguendo questa tesi, inoltre, il risarcimento dovrebbe essere commisurato al “minor vantaggio”, ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede³³⁵; il che dovrebbe comportare una rivisitazione dei criteri di quantificazione, non più ristretti nel tradizionale concetto di “interesse negativo”.³³⁶

Ad analoghe conclusioni giunge anche altra dottrina che, pur aderendo in generale alla tesi che distingue regole di validità e regole di condotta³³⁷, ritiene di doversi eccezionalmente derogare nel caso delle pratiche commerciali scorrette, in forza dell’esigenza di particolare salvaguardia del contraente debole, che animerebbe la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e che richiederebbe la necessità di una tutela adeguata sul piano intersoggettivo.³³⁸

³³⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, 2008, art. II-3: 109, art. II-7: 204; si veda anche 51 ss. delle premesse.

³³⁵ Cassazione 7 marzo 2007, n. 5273, in *Guida al diritto*, 20/2007, p. 64; Tribunale di Trani 10 ottobre 2006, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, p. 621, con nota di Tucci.

³³⁶ In tale senso si esprime TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 781. In senso critico, però, recentemente FABBIO P., *op. cit.*, p. 507 ss. il quale, con riferimento all’abuso di dipendenza economica, in senso contrario alla tesi secondo cui laddove l’illecito sia fonte di responsabilità precontrattuale il risarcimento resta circoscritto ad un interesse negativo, variamente individuato, a non entrare in affari con l’impresa dominante, osserva che: “Senonché, dovrebbe esser evidente, per la ricostruzione che si è fin qui data dell’istituto, ma a ben vedere già solo da una prima ricognizione del testo legale, che il divieto di a.d.e. può venire a proteggere (ed è questa anzi, nello stato dell’arte, la *ratio* principale della norma) l’interesse (positivo) dell’impresa dipendente, ad intrattenere con la controparte dominante rapporti commerciali equi.”

³³⁷ Si veda in proposito D’AMICO G., “Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996. In senso contrario si esprime invece MANTOVANI M., “Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995.

³³⁸ In particolare D’AMICO G., voce “Formazione del contratto” in *Enciclopedia del diritto*, Annali II tomo 2, p. 567 ss., ritiene che “pur quando il contratto concluso in presenza di una pratica commerciale sia da considerare un contratto valido, si possa in questo particolare caso ammettere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell’autore di una pratica commerciale sleale, in ossequio all’esigenza di fornire un’interpretazione/applicazione del diritto interno non soltanto conforme al diritto comunitario, ma altresì idonea a dare ad esso il massimo effetto utile possibile. La responsabilità di cui si è detto – con la caratteristica di poter essere fatta valere, in ipotesi, nonostante la valida conclusione del contratto (vale a dire, benché manchino i presupposti per poter ritenere il contratto annullabile per un vizio del consenso) – è, a nostro avviso, operante solo nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori (a cui soltanto si applica la direttiva sulle pratiche commerciali sleali): rapporti nei quali, pertanto, si inserisce adesso questo ulteriore strumento di tutela del contraente debole, in deroga al tradizionale principio secondo il quale l’avvenuta valida conclusione del contratto “assorbe” (di regola) eventuali scorrettezze che una parte abbia commesso nella fase precontrattuale (scorrettezze che, in tal caso, avranno modo di rilevare solo se e in quanto si traducano in un inadempimento del contratto)”. La posizione è criticata da MIRONE A., *op. cit.*, p. 330, nt. 91, il quale afferma che la disponibilità dell’azione extracontrattuale, sulla quale l’Autore in effetti non si sofferma, eliminerebbe probabilmente la necessità di dover derogare appunto al suddetto principio.”

In particolare, tale dottrina, ritiene che, in deroga al tradizionale principio secondo cui l'avvenuta valida conclusione del contratto "assorbe" (di regola) eventuali scorrettezze che una parte abbia commesso nella fase precontrattuale, con esclusivo riferimento ai rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, a cui soltanto si applica la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, la responsabilità precontrattuale potrebbe essere fatta valere nonostante la valida conclusione del contratto, e quindi nonostante manchino i presupposti per poter ritenere il contratto annullabile per un vizio del consenso.

Secondo tale tesi, quindi, la normativa di derivazione comunitaria avrebbe comportato un effetto "innovativo", consentendo di ammettere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'autore di una pratica commerciale sleale anche qualora il contratto concluso sia da considerare un contratto valido, "in ossequio all'esigenza di fornire un'interpretazione/applicazione del diritto interno non soltanto conforme al diritto comunitario, ma anche idonea a dare il massimo effetto utile possibile".³³⁹

Secondo altra dottrina³⁴⁰, invece, il rimedio risarcitorio *ex art. 1337 c.c.* potrebbe essere esperito dal consumatore con particolare riferimento alle ipotesi in cui la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista integri un'omissione ingannevole ai sensi dell'art. 22 c. cons..

A tale conclusione, secondo detta dottrina, si può arrivare anche aderendo alla tesi secondo la quale, ai fini dell'annullabilità del contratto per dolo, la reticenza può rilevare solo in presenza della violazione di un dovere di informazione specifico, non considerando a tal fine sufficiente la clausola generale della buona fede prevista dall'art. 1337 c.c. Infatti, nell'ambito della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, uno specifico obbligo di informazione a favore del consumatore è posto dall'art. 22, il quale individua ben quattro obblighi gravanti sul professionista: l'obbligo di indicare "l'intento commerciale della pratica stessa qualora non risulti già evidente dal contesto (art. 22 c.2); l'obbligo di informare il consumatore che il prodotto è

³³⁹ D'AMICO G., *op. ult. cit.*, p. 587.

³⁴⁰ LUCCHESI F., *op. cit.*, p. 51 ss..

“suscettibile di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori (art. 21, c. 3); l’obbligo di riferire le informazioni indicate nell’art. 22 c. 4 in ipotesi di invito all’acquisto, qualora non risultino già evidenti dal contesto; l’obbligo di rilasciare le informazioni, previste dal diritto comunitario, connesse alle comunicazioni commerciali, “compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto” secondo quanto disposto dall’art. 22 c. 1.

A questi obblighi di fornire al consumatore le specifiche informazioni indicate dai citati articoli del codice del consumo deve aggiungersi un ulteriore obbligo di informazione, previsto in generale dallo stesso comma 1 dell’art. 22 c. cons., consistente nel comunicare al consumatore medio tutte “le informazioni rilevanti” di cui questi ha bisogno, nei diversi contesti, “per prendere una decisione consapevole di natura commerciale”, la cui omissione induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Va aggiunta, poi, la previsione tra i diritti riconosciuti come “fondamentali” del diritto “ad un’adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” di cui all’art. 2 *lett. c)* del codice del consumo, che rafforza il dovere di informazione gravante sul professionista.

In particolare, riguardo a tale disposizione il requisito dell’adeguatezza indica che l’informazione deve essere “completa, comprensibile e non fuorviante”³⁴¹, mentre la correttezza della pubblicità implica che l’informazione non deve essere solo veritiera, ma anche conforme “alle indicazioni offerte alla realtà del prodotto o del servizio e alle modalità di diffusione del messaggio”.

Dunque, dal combinato disposto dell’art. 1337 c.c., degli artt. 22 e 21 c. cons. emerge un obbligo di informazione che grava sul professionista in favore del consumatore, la cui violazione legittima il singolo ad esperire il rimedio del risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*³⁴²

³⁴¹ LUCCHESI F., *op. cit.*, p. 52.

³⁴² Nello stesso senso anche GRANELLI C., *op. cit.*, p. 784, il quale afferma che “Anche chi nega l’esistenza di un generale obbligo precontrattuale di informazione possa desumersi dalla clausola generale di buona fede di cui all’art. 1337 c.c., non dovrebbe nutrire soverchi dubbi in ordine al fatto che, quanto meno con riferimento ai contratti tra professionista e consumatore, un generale obbligo di informazione trovi oggi fondamento proprio nel disposto del nuovo art.

Con riferimento alla responsabilità precontrattuale è stato, tuttavia, osservato che ragioni di ordine sistematico indurrebbero a negare che tale tipo di responsabilità possa costituire il rimedio tipico per la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette.³⁴³

A tale riguardo si evidenzia in primo luogo che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette è costruita senza un riferimento necessario al momento di conclusione del contratto, per il fatto che essa deve prescindere non solo dal fatto che il singolo consumatore si determini all'acquisto, ma anche dal fatto che questi avvii, con successo o meno, una vera e propria trattativa con il professionista.

In secondo luogo si osserva che le pratiche commerciali scorrette sono vietate come condotte di mercato realizzate nei confronti della generalità dei consumatori o di determinati gruppi di consumatori; il destinatario del divieto è, dunque, l'autore del messaggio pubblicitario in quanto tale, anche qualora il consumatore non abbia alcun contatto diretto con esso, ma acquisti i prodotti dal venditore finale. Sarebbe perciò riduttivo ricondurre il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette ad un insieme di regole che attengono alla fase delle trattative negoziali, essendo i doveri di condotta previsti dalla direttiva molto più ampi e indirizzati alla tutela della generalità dei consumatori e del mercato.³⁴⁴

Infatti, l'ambito di applicazione dell'articolo 1337 c.c., è limitato ai rapporti tra i futuri contraenti, per cui se il consumatore stipula un contratto con un intermediario che si frappone tra lui ed il professionista, allora tale

22, c.1, c. cons. e, conseguentemente, in ordine al fatto che, in ipotesi di violazione di tale obbligo, trovino applicazione i rimedi - invalidante e risarcitorio - di cui, rispettivamente, all'art. 1439 c.c. ed agli artt. 1337 e 1440 c.c. Chi poi ritenga che "le sparse norme sull'obbligo di informazione ci offrono un termometro per misurare quale sia il grado di lealtà che l'ordinamento è propenso a pretendere, mediamente, d'inizio del XXI secolo", avrà motivo per ritenere che la portata innovativa della disciplina introdotta dalla novella in tema di "pratiche commerciali scorrette" sia destinata a non esaurirsi nell'ambito dei soli rapporti fra professionista e consumatore."

³⁴³ MIRONE A., *op. cit.*, p. 331.

³⁴⁴ Proprio per tale motivo, ed in particolare per la ragione che la sfera dei soggetti tutelati è da ritenersi indeterminata ex ante, la dottrina in esame ritiene che la tutela individuale contro la slealtà commerciale assuma le caratteristiche proprie della responsabilità di tipo extracontrattuale. Cfr. MIRONE A., *op. cit.*, p. 331-332.

norma non potrebbe trovare applicazione dal momento che tra professionista e consumatore non esisterebbe alcuna relazione pre-contrattuale.

In questo modo, però, sorgerebbe una grossa disparità di trattamento tra i consumatori controparti dirette del professionista, aventi diritto al risarcimento *ex* articolo 1337 c.c., e quelli che sono vittime indirette della medesima pratica scorretta, ma privi di tutela risarcitoria.³⁴⁵

Dunque, in considerazione del fatto che il titolo della responsabilità non può mutare, a fronte di un illecito esattamente identico, sia sul piano del contenuto che su quello del nesso di causalità rispetto alle scelte concrete del consumatore, in funzione del solo fatto che il consumatore effettui poi l'acquisto direttamente o presso un rivenditore, dovrebbe negarsi che la responsabilità di tipo precontrattuale costituisca il rimedio tipico per la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette.³⁴⁶

Altra dottrina ravvisa, invece, nella violazione delle pratiche commerciali scorrette senz'altro un illecito extracontrattuale.³⁴⁷

Con riferimento alla responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c. il problema principale che si pone è quello della individuazione, nella fattispecie, di un danno ingiusto.

In proposito è stato osservato³⁴⁸ che aderendo ad una concezione restrittiva dell'ingiustizia del danno, secondo la quale l'art. 2043 c.c. sarebbe una norma di carattere secondario che presuppone la lesione di un diritto soggettivo individuato da una norma primaria, si dovrebbe concludere per la esclusione della risarcibilità aquiliana nell'ipotesi in esame, in quanto mancherebbe la lesione di un diritto soggettivo.

³⁴⁵ In tal senso si esprime TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 131.

³⁴⁶ La conclusione è di MIRONE A., *op. cit.*, p. 331.

³⁴⁷ AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale? in I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, a cura di A. Genovese*, Cedam, Padova, 2008, p. 10, il quale rileva che "dal punto di vista privatistico la disciplina configura le pratiche commerciali sleali principalmente come un illecito extracontrattuale, analogo a quello della concorrenza sleale, represso principalmente con il rimedio dell'inibitoria amministrativa o giurisdizionale) e sanzionato sul piano della responsabilità civile per i danni più che non sul piano dei rimedi contrattuali"; MIRONE A., *op. cit.*, p. 332; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 781; TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 130.

³⁴⁸ TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 130 ss..

In sostanza, la semplice violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette non implica di per sé la lesione di alcun diritto soggettivo o di alcuna situazione soggettiva.

In tale prospettiva, per ammettere il risarcimento *ex art.* 2043 c.c. sarebbe necessario individuare nella fattispecie in esame la lesione di un diritto soggettivo o di una posizione giuridica rilevante, quali potrebbero essere la libertà negoziale o il diritto all'integrità del patrimonio.

Tuttavia, tale soluzione non sembra applicabile al nostro caso in quanto il c.d. diritto all'integrità del patrimonio costituisce una figura troppo generica per poter rappresentare una posizione giuridica soggettiva protetta, oltre al fatto che l'ingiustizia e la libertà negoziale, in realtà, trovano tutela solamente nella misura in cui sono protetti dalle norme sui vizi del consenso.³⁴⁹

A ben guardare sembra possibile affermare che tutte le difficoltà incontrate nell'ammettere la risarcibilità dei danni nascenti dalle pratiche commerciali scorrette possono venir meno mutando prospettiva e accedendo ad una lettura "atipica" dell'ingiustizia del danno di cui all'articolo 2043 c.c., in base alla quale è risarcibile, in quanto ingiusta, la lesione di ogni interesse giuridicamente rilevante che risulta prevalente nella comparazione con l'interesse del danneggiante.³⁵⁰

³⁴⁹ A tale riguardo va ricordato che alle figure della lesione della libertà negoziale e della lesione del diritto all'integrità del patrimonio si è fatto ricorso talvolta in giurisprudenza per giustificare l'ingiustizia del danno subito dal contraente danneggiato da una condotta scorretta altrui nella fase precontrattuale (v. Cass., sez. III, n. 2765 del 4/5/1982). La dottrina prevalente ha, però, sempre sottolineato l'eccessiva genericità di tali figure per fondare una posizione giuridicamente rilevante e meritevole di tutela risarcitoria. In effetti ritenere che costituisca danno ingiusto la semplice lesione del diritto all'integrità del patrimonio svuoterebbe sostanzialmente di contenuto il requisito dell'ingiustizia, facendo venir meno la sua funzione selettiva, giacché seguendo tale tesi ogni danno, in quanto pregiudizio economico potrebbe considerarsi ingiusto (in tal senso cfr. GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1/1985, p. 10 ss.; CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006; DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista critica dir. Priv.*, 2/1984, p. 297 ss..

³⁵⁰ Cfr. sul punto, gli studi di BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 80 ss.; PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, 2° edizione, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 192; RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; TRIMARCHI P., *Illecito (dir. Priv)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 98 ss..

Tale prospettiva è quella accolta dalla giurisprudenza oggi prevalente³⁵¹, la quale ritiene che sia ingiusto il danno che presenti la duplice caratteristica di essere *non iure*, ossia proveniente da un fatto che non sia altrimenti qualificato o giustificato dall'ordinamento giuridico, e *contra ius*, ossia prodotto da un fatto che leda una situazione giuridica riconosciuta e garantita dall'ordinamento.

Dunque, secondo questa ricostruzione l'interprete dovrà accertare, sulla base di indici normativi, e non con un giudizio equitativo né tanto meno rimesso al suo mero arbitrio, non solo se l'ordinamento attribuisce tutela al danneggiato, ma anche se questo intende proteggere quell'interesse da quel tipo di lesione, in rapporto a quel tipo di comportamento è in contrapposizione a quell'interesse del danneggiante ovvero, in altre parole, individuare innanzitutto quale sia lo scopo della norma violata, verificando quali interessi voglia proteggere e a quali condizioni.

Perciò, così come viene sottolineato dalla giurisprudenza dominante, l'ingiustizia e la responsabilità aquiliana sono legati al principio di solidarietà sociale, espresso dall'articolo 2 della Costituzione, il quale impone, appunto, di non ledere l'interesse altrui al di fuori dei limiti entro cui è legittima la tutela del proprio interesse.

In questa prospettiva, si è affermato che non vi sono dubbi circa la risarcibilità ex articolo 2043 c.c. dei danni subiti dai consumatori³⁵², che siano stati i destinatari di pratiche commerciali scorrette, realizzate sia direttamente da parte del professionista sia da un terzo che abbia agito nell'interesse del professionista.

³⁵¹ A partire dalla Cassazione Civile, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Contratti* (I) 1999, 869 (nota di Moscarini), e in *Corriere giuridico* 1999, 1367 (nota di: Di Majo; Mariconda). In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che "La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato non iure, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione".

³⁵² TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 130 ss; MIRONE A., *op. cit.*, p. 309 ss..

A tale riguardo, senza necessità di richiamare adesso le varie norme a tutela del consumatore, basti ricordare come la stessa normativa in esame riconosca in capo al consumatore un interesse giuridicamente rilevante a non subire pratiche commerciali scorrette e a poter agire in un mercato privo di scorrettezze altrui, nel pieno esercizio della propria libertà di scelta.

Infatti, come più volte già evidenziato, scopo principale della normativa sulle pratiche commerciali scorrette è proprio la tutela dell'interesse alla libertà di scelta del consumatore, cosa che si evince chiaramente tra l'altro anche dall'art. 2, comma 2, *lett. c)*, *c- bis*) ed *e)*, c. cons., che individua tra i diritti riconosciuti e garantiti al consumatore proprio quello “ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” (*lett. c)*), “all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”(*lett. c- bis*), “alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali” (*lett. e*), nonché dall'art. 143 c. cons. in cui il legislatore ha esplicitamente dichiarato che “i diritti attribuiti al consumatore dal codice” (tra i quali spicca appunto quello della libertà di scelta) “sono irrinunciabili”, pena la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le norme del codice stesso.

Inoltre, utilizzando anche le norme in materia di buona fede, si può ricavare che l'ingiustizia del danno subito dal consumatore deriva dalla circostanza che la pratica commerciale scorretta costituisce palese violazione della regola di correttezza professionale, la quale, ai sensi dell'articolo 39 cod. cons., deve essere l'obiettivo al quale i rapporti tra i professionisti e consumatori devono essere ispirati.³⁵³

Di conseguenza, da un lato porre in essere una pratica commerciale scorretta costituisce una condotta *non iure* che eccede i limiti della libertà di iniziativa economica, e dall'altro la lesione dell'interesse dei consumatori assume rilevanza giuridica, *contra ius*. Perciò, deve ritenersi ingiusta la lesione dell'interesse del consumatore a non subire pratiche commerciali scorrette, lesione che si verifica sia quando il consumatore è indotto, a seguito di una pratica scorretta, a stipulare un contratto che non avrebbe stipulato affatto, sia quando è indotto a stipularlo a condizioni diverse da quelle che avrebbe

³⁵³ Cfr. PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, 2° edizione, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 190.

negoziato senza l'illecito altrui, sia, infine, quando è costretto a rinunciare al contratto proprio a causa del comportamento scorretto del professionista.

Dunque, non sussisterebbe alcuna incompatibilità tra responsabilità aquiliana e la validità del contratto stipulato dal consumatore, fondata proprio sulle norme contenute negli articoli 1337 e 1440 c.c. e sull'articolo 1439 c.c. (responsabilità extracontrattuale del terzo autore del dolo) ove si sia in presenza di un danno ingiusto.³⁵⁴ In questo caso ben si potrebbe avere, anche in materia di pratiche commerciali scorrette, un risarcimento dei danni extracontrattuali di ammontare pari alla differenza tra quanto pattuito e quanto si sarebbe negoziato in assenza dell'illecito del professionista.

Alla luce di quanto detto finora, si può concludere che ove il comportamento sleale posto in essere dal professionista abbia efficacia determinate, per cui il consumatore non avrebbe certamente concluso il contratto in assenza del comportamento illecito, allora la soluzione del singolo caso concreto potrebbe essere l'annullamento del contratto; diversamente, in caso di efficacia solamente incidente, la responsabilità aquiliana potrebbe svolgere una funzione riequilibrativa e correttiva del contenuto contrattuale, idonea a perseguire lo scopo di tutela del consumatore danneggiato da una pratica commerciale scorretta.

³⁵⁴ Sul tema si veda l'orientamento recentemente espresso dalla Suprema Corte con le sentenze Cass., sez. un., n. 26725 del 19/12/2007, e Cass. n. 19024 del 29/9/2005, le quali, escludendo la configurabilità della nullità virtuale per violazione di regole di condotta, ammettono la risarcibilità dei danni *ex art.* 1337 c.c. In particolare secondo le Sezioni Unite “la violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti”, e secondo Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 con nota di ROPPO V. - AFFERNI G. *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale in Danno e responsabilità* 1/2006, p. 29 ss., la Suprema Corte ha stabilito che “i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori”.

Capitolo IV

Tipologia della violazione e adeguatezza del rimedio

1. La *ratio* della disciplina: buon funzionamento del mercato e protezione dei consumatori – 2. La tutela del consumatore singolarmente considerato fra rimedi contrattuali e rimedi risarcitori – 3. I rimedi risarcitori – 4. I rimedi invalidativi

1. La *ratio* della disciplina: buon funzionamento del mercato e protezione dei consumatori

L'esame delle diverse soluzioni proposte dalla dottrina relativamente alla questione della individuazione dei rimedi esperibili dal consumatore leso da una pratica commerciale scorretta singolarmente considerato ha evidenziato come, in assenza di una espressa previsione legislativa sul punto, non sia possibile trovare una soluzione unica a detto problema ma sia necessario estendere i rimedi previsti dal codice civile alle varie fattispecie che si possono verificare con riferimento alle pratiche commerciali scorrette, a seconda del tipo di violazione e anche delle modalità di conclusione del contratto.

A tal fine appare opportuno approfondire la *ratio* della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette quale essa si desume non solo alla luce degli obiettivi prefissati dal legislatore comunitario – nazionale e dalla tipologia degli interessi enunciati, ma in concreto alla stregua dell'effettivo impatto che tale novella ha avuto con l'intero sistema.

Sotto il primo profilo vale la pena ricordare come l'introduzione della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette rappresenta l'approdo di un'evoluzione che caratterizza in senso "proconsumeristico" l'ordinamento comunitario ben al di là dei limiti del diritto dei consumatori in senso stretto, in quanto riguarda altri ambiti di disciplina dell'economia, primo tra tutti il

diritto *antitrust*, sempre più orientato a rafforzare “la sovranità del consumatore” nel mercato³⁵⁵.

Tale evoluzione emerge, in primo luogo, da un breve richiamo alle varie fasi che hanno scandito gli sviluppi delle politiche comunitarie a tutela del consumatore³⁵⁶.

In una prima fase, la tutela comunitaria del consumatore si è tradotta essenzialmente nella tutela individuale e a carattere successivo, assicurata dalla normativa in materia di sicurezza dei beni e dei prodotti; quest’ultima, infatti, era incentrata essenzialmente sul risarcimento del danno derivante dalla circolazione di prodotti difettosi.

In una seconda fase l’attenzione è incentrata essenzialmente sul contratto, perseguendosi il fine di introdurre una tutela contrattualistica degli interessi economici dei consumatori, attraverso una disciplina di carattere orizzontale: la normativa sulle clausole abusive.

La terza fase è caratterizzata dall’obiettivo di prevenire fenomeni di disinformazione dei consumatori e si concreta nella disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa con una tutela di carattere preventivo ma settoriale³⁵⁷.

L’ultima fase, quella attuale, si incentra su quelle che potremmo definire regole del mercato, ed è caratterizzata dall’introduzione, con la direttiva 2005/29/CE, di una nuova disciplina di carattere trasversale e generale. L’obiettivo si sposta, quindi, verso una tutela generale e di carattere preventivo³⁵⁸.

Per cogliere l’effettiva portata della riforma e la *ratio* ultima della normativa in esame, si deve concentrare l’attenzione sui concetti di *pratica commerciale* e di *consumatore medio*.

³⁵⁵ FIORENTINO L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e contratti* 3/2011 p. 165 ss.

³⁵⁶ ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3/2010, p. 696-697.

³⁵⁷ FIORENTINO L., *op. cit.*, p. 165 ss.

³⁵⁸ ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3/2010, p. 697.

La disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette risulta essere caratterizzata, e in ciò si differenzia da quelle precedenti, per un “mutamento di prospettiva”, in quanto l’attenzione del legislatore si sposta dal singolo atto, ossia il contratto, all’attività, alla “pratica commerciale”, ossia alla condotta dell’impresa³⁵⁹.

Infatti, la normativa in esame definisce la “pratica commerciale” come qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Il mutamento è rilevante poiché in questa nuova ottica il consumatore è svincolato dalla sua posizione di contraente e diventa destinatario di una tutela più completa³⁶⁰, non ristretta al momento dell’acquisto ma ampliata all’intero “processo di consumo”: si fa cioè riferimento a tutte le condotte realizzate dal professionista prima, durante e dopo il contratto stesso; inoltre, in ogni fase, l’attività deve essere improntata ai canoni della diligenza professionale e non deve alterare la libertà di scelta³⁶¹ del consumatore.

In particolare, il divieto è circoscritto a quelle pratiche commerciali poste in essere prima, durante o dopo un’operazione commerciale idonee ad alterare le decisioni di natura commerciale dei consumatori attraverso l’inganno, la

³⁵⁹ ROSSI CARLEO L., *op.cit.*, p. 699, e FIORENTINO L., *op. cit.*, p. 166. Più in generale JANNARELLI A., *La disciplina dell’atto e dell’attività*, in *L’attività e il contratto - Trattato di diritto privato europeo a cura di Lipari N.*, p. 15, evidenzia la necessità di distinguere le “regole di struttura”, quelle cioè che disciplinano le c.d. regole del gioco del mercato, che sono condizione preliminare per lo stesso dispiegamento dell’autonomia contrattuale, dagli interventi legislativi che incidono sul contenuto specifico dell’atto di autonomia posto in essere dai privati, conformando così l’autonomia privata.

³⁶⁰ DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti*, nel *Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, p. 4 e nota 17, il quale sottolinea anche il verificarsi di un significativo ampliamento della nozione di “consumatore”, ormai svincolato dalla sua posizione di contraente e “destinatario di una tutela più pervasiva, non ristretta al momento dell’acquisto, ma allargata a promuovere il cittadino nella sua complessiva realizzazione di soggetto, che non deve essere ingannato dal mercato”.

³⁶¹ Libertà proclamata e difesa nel comma 2 dell’art. 41 della Costituzione: la libertà garantita e difesa da tale norma costituzionale è, infatti, libertà “umana”, ossia “esercizio di razionale scelta”. Si tratta di una libertà, quella della scelta consapevole, strettamente legata a quella dell’informazione. Il mercato, infatti, “non è solo offerta di beni, ma pure offerta di dati suggestivi emotivi conoscitivi. La scelta tra merci implica un criterio di confronto e un giudizio di preferenza: essa è accompagnata da una fase psichica e conoscitiva”, IRTI N., *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, p. 104.

coercizione o, comunque, in modo difforme dai criteri di diligenza professionale.

La direttiva tutela, dunque, in via diretta gli interessi economici dei consumatori, ma non “in generale”, quanto piuttosto preservandoli da comportamenti scorretti suscettibili di alterare la loro capacità di decidere con cognizione di causa. Indirettamente, poi, questa tutela della libertà di scelta del consumatore protegge anche i concorrenti e più in generale la concorrenza sul mercato.

Infatti, ai sensi dell’art. 1 della direttiva 2005/29/CE, “scopo” di tale normativa è quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un più elevato livello di tutela dei consumatori mediante l’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori.

Tale scopo viene realizzato introducendo il controllo di lealtà sulle attività e sugli atti delle imprese, rivolto ad interdire le pratiche sleali³⁶².

La direttiva avvicina così le legislazioni interne per sanzionare quelle condotte dei professionisti che ledono direttamente i predetti interessi consumeristici e indirettamente quelli economici dei concorrenti legittimi³⁶³.

In particolare, il *considerando* 2 della direttiva menziona l’esigenza di sviluppare “pratiche commerciali leali” all’interno della comunità: la formulazione in termini “positivi” e di promozione – e non meramente “di

³⁶² In generale sul profilo della distinzione ma anche del rapporto fra la disciplina dell’atto e quella dell’attività si veda JANNARELLI A., *op. cit.*, p. 71 ss., il quale evidenzia come l’emersione di una regolamentazione privatistica riguardante l’attività di contrattazione distinta da quella dei singoli atti e, per giunta, capace di incidere sulla disciplina di questi ultimi, risponde a pieno alle finalità di fondo dell’intervento comunitario, consistenti nel costruire il mercato unico e, dunque, rimuovere le notevoli imperfezioni esistenti e dare effettività al sistema fondato sulla concorrenza.

³⁶³ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 6, che precisa in tal senso che restano impregiudicate pertanto le discipline interne relative che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un’operazione tra professionisti. Inoltre la direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa. La presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di *marketing* generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito, la differenziazione del marchio o l’offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole.

divieto” e punitivi – appare chiaro indice di un disegno più ampio volto ad indurre le imprese a comportamenti “virtuosi”.

Benché, poi, la direttiva nasca a beneficio dei consumatori, anche nei rapporti tra imprese il riflesso è evidente e lo stesso legislatore comunitario lo enuncia precisando nel *considerando* 8 che essa tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale³⁶⁴.

Altra caratteristica della normativa in esame consiste nell’aver individuato il destinatario della disciplina nel “consumatore medio”, inteso come il consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto³⁶⁵.

Si tratta di una scelta non scontata in quanto anteriormente all’armonizzazione massima introdotta con la direttiva 2005/29/CE, nella valutazione delle fattispecie concrete la normativa interna di alcuni Stati membri identificava il destinatario della tutela nel consumatore medio, in altri nel consumatore più vulnerabile³⁶⁶, con ciò inducendo il consumatore ad un “abbassamento della soglia di attenzione o ad un atteggiamento sprovveduto nei confronti delle proposte commerciali che ricevono sul mercato”³⁶⁷.

La direttiva si propone di tutelare il consumatore quale membro medio del gruppo cui si rivolge l’offerta commerciale e, quindi, come soggetto astratto rappresentativo della domanda.

In tale ottica il consumatore acquista un “rilievo macroeconomico”, divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda. In tale ottica, perciò, non è più considerato solo come portatore di interessi individualmente protetti, ma anche come portatore di interessi diffusi,

³⁶⁴ Nel *considerando* 8 si riconosce altresì esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti. La Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un’azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale.

³⁶⁵ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 18.

³⁶⁶ Commissione europea, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea, COM(2001) 531 del 2 ottobre 356 def. .

³⁶⁷ Cfr. BRUZZONE G., BOCCACCIO M., *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Atti del Convegno AGCM- Luiss - Università degli Studi Roma Tre, p. 14.

divenendo nel contempo un “metro di valutazione della diligenza professionale, atto a specificare i limiti entro i quali può esplicarsi liberamente la modalità delle offerte”³⁶⁸.

La direttiva, perciò, sancisce il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla considerazione del consumatore quale operatore economico³⁶⁹.

Un importante elemento di novità si evidenzia nello “spirito” della direttiva: correttezza e lealtà, un tempo connotative dei soli rapporti tra imprese, divengono elementi qualificanti anche dei rapporti tra consumatori e imprese.

Le *rationes* alla base della normativa in esame sono, perciò, la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato dal punto di vista della tutela della concorrenza, nella consapevolezza che per la costruzione del mercato unico servono regole che incidano sia sull’offerta che sulla domanda.

Dunque, la tutela della concorrenza, che pone l’accento sull’offerta, e la tutela del consumatore, che pone l’accento sulla domanda, appaiono strettamente connessi quali “valori strumentali, volti entrambi a costruire uno spazio economico transnazionale”³⁷⁰, divenendo strumenti complementari: la concorrenza va a beneficio ultimo dei consumatori, in quanto mira a garantire l’emersione di prodotti e servizi migliori a prezzi più bassi; tutelare i consumatori significa, innanzitutto, garantirne la libertà di scelta a beneficio del corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali³⁷¹.

L’introduzione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette costituisce un importante strumento integrativo di tutela dei consumatori, nella consapevolezza che la liberalizzazione e la definizione di modelli astratti di

³⁶⁸ ROSSI CARLEO L., *op. ult. cit.*, 3/2010, p. 685 ss.

³⁶⁹ ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 14.

³⁷⁰ ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *op. cit.*, 3/2010, p. 685 ss.

³⁷¹ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 8, che riconosce che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette tutela “direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori [...] [e] indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale.”

concorrenza non sempre sono sufficienti, in quanto un'informazione imperfetta può comportare che anche mercati che appaiono competitivi si “comportino” in modo anticompetitivo³⁷².

Dal suddetto quadro, e in particolare dalla stessa nozione di pratica commerciale scorretta e dall'individuazione degli elementi rispetto ai quali valutarne il carattere ingannevole o aggressivo, emerge la rilevanza che assume una corretta comunicazione informativa nell'ambito delle diverse forme di manifestazione dei rapporti tra consumatori e professionisti³⁷³ e come lo scopo della disciplina in esame sia proprio la libertà di scelta del consumatore³⁷⁴.

A tal fine ciò che viene vietato alle imprese non è il ricorso a strategie di marketing che inducano i consumatori a desiderare beni di consumo anche perché condizionati da ciò che viene solo proposto³⁷⁵, ma piuttosto l'abuso di queste tecniche, che si può tradurre nell'alterare il processo di determinazione della volontà dei consumatori in maniera apprezzabile nella fase della scelta finale di acquisto.

La definizione di pratica scorretta, come pratica sostanzialmente idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole dimostra la volontà del legislatore di “recuperare quella implicita

³⁷² FIORENTINO L., *op.cit.*, p. 167.

³⁷³ Si vedano in proposito gli obblighi informativi di cui all'art. 22 c. cons., la cui violazione potrà determinare o un'azione ingannevole o un'omissione ingannevole. Cfr. PICA T., *Azioni ingannevoli sub art. 21*, in *Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009*, p. 160-161.

³⁷⁴ Tra gli altri, DI NELLA L., *Le pratiche commerciali “aggressive” in A.A.V.V., Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008*, p. 307; RABITTI M., *sub art. 20, Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009*, p. 150 ss.; DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, p. 28 e nota 37, il quale ritiene che proprio il riferimento che la normativa fa alla natura commerciale della decisione, insieme all'idoneità di questa a falsare il comportamento economico del consumatore, inducano a riconoscere l'interesse tutelato dal legislatore nella libertà negoziale del consumatore.

³⁷⁵ A tale riguardo si veda LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, a cura di A. Genovese, Padova, 2008*, p. 57, il quale afferma che “(...) rimane fuori dal divieto tutto ciò che, nell'ambito della comunicazione di impresa, contribuisce alla formazione delle mode e dei riferimenti culturali, che poi costituiscono le ragioni profonde delle scelte compiute dal consumatore finale. In altri termini, la rilevanza giuridica del divieto di PCS si concentra esclusivamente sulla decisione finale di acquisto, mentre rimane ad esso estraneo tutto il processo culturale e psicologico che determina le ragioni profonde delle scelte finali di acquisto compiute dal consumatore”.

razionalità che contraddistingue la classica teoria economica del consumatore, cercando di porre limiti ai profili emozionali che, secondo molte teorie sociologiche, vedono il consumatore in balia del mercato”³⁷⁶.

Il legislatore, quindi, non si occupa del ruolo che le diverse pratiche commerciali possono assumere “a monte” ma tende esclusivamente a preservare la libertà di scelta finale del consumatore, senza preoccuparsi del profilo positivo o negativo che, indirettamente, la pratica può assumere come moltiplicatore di bisogni indotti. Il legislatore sembra preoccuparsi, infatti, solo di impedire l’uso di pratiche non distorsive e, con riferimento alla consapevolezza, della correttezza dell’informazione che, necessariamente, dovrebbe costituire il fondamento di ogni decisione di natura commerciale³⁷⁷.

Con la disciplina in esame, infatti, il legislatore mira non tanto a tutelare il singolo consumatore nella conclusione del contratto per la sua condizione di “asimmetria” di potere rispetto al professionista, quanto piuttosto a garantire il rispetto delle regole di concorrenza e di conoscenza che, se violate, incidono negativamente sull’autonomia e consapevolezza decisionale del consumatore chiamato ad operare scelte di carattere economico³⁷⁸.

Il legislatore dimostra di guardare ai consumatori come operatori economici razionali che si muovono sul mercato in modo consapevole e non come soggetti deboli sopraffatti dalla forza del professionista.

Sembra, perciò, ormai essere stato recepito anche a livello normativo il superamento della concezione paternalistica che accompagna invece, in modo più marcato, la disciplina dei contratti dei consumatori.

³⁷⁶ ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, in *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi (a cura di) G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro e U. Perfetti*, Napoli, 2010, p. 51.

³⁷⁷ ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, *op. cit.*, p. 52.

³⁷⁸ ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett. e)*, in *Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo*, Giappichelli, Torino, 2009; ID. in ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, *op.cit.*, p. 52, dove si afferma che “Attraverso questa specifica disciplina, dunque, il legislatore non intende caricare, in positivo, sulle pratiche il compito di superare le asimmetrie informativa; tiene, però, a che nel mercato non vengano utilizzate pratiche commerciali potenzialmente idonee a falsare il comportamento del consumatore, reso consapevole attraverso l’educazione e l’informazione, inducendolo a privilegiare, in ragione della pratica, una scelta anziché un’altra.”

Se nella fase della negoziazione delle clausole contrattuali appare necessario intervenire per correggere lo squilibrio strutturale che esiste tra consumatori e professionisti, nella fase di scelta o acquisto del bene o del servizio appare necessario tutelare soprattutto l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato quale luogo di scambio tra domanda e offerta, potenziando il ruolo sovrano del consumatore come protagonista e non mero spettatore del "gioco della concorrenza"³⁷⁹.

La libertà di scelta del consumatore si pone, infatti, come limite alla libertà economica dell'imprenditore: nell'attività di impresa è proibito realizzare modalità e tecniche "connesse alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto al consumatore" (art. 18, c. 1, lett. *d*, c. cons.) che possano, anche solo potenzialmente, incidere sul diritto all'autodeterminazione³⁸⁰.

Si tratta, dunque, di un soggetto cui l'ordinamento cerca di garantire soprattutto un'adeguata informazione, con l'obiettivo di rendere così il mercato più efficiente e dinamico anche sotto il profilo concorrenziale³⁸¹.

Infatti, solo un'informazione accessibile, comprensibile, trasparente e veritiera è in grado di garantire un mercato concorrenziale animato da consumatori che adottano decisioni libere e consapevoli³⁸².

³⁷⁹ Nel senso del superamento della concezione paternalistica si esprime LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 64 e nota 61. Nello stesso senso ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, op.cit., p. 52 ss. la quale "Nella disciplina in esame, il legislatore non si occupa del singolo consumatore e, quindi, del contratto, ma si preoccupa dei fattori che possano turbare le regole del gioco alterando, in maniera sensibile, la consapevolezza quando essa sia destinata a realizzarsi nella determinazione ad una scelta di carattere economico." Invece, nel senso che più in generale la normativa comunitaria a tutela del consumatore non costituiscono, come sostenuto appunto da altra dottrina, una legislazione dirigista o paternalistica, ma rappresentano un regime finalizzato alla tutela della "libertà di scelta", si veda FEBBRAJO T., *Violazione dei doveri precontrattuali di informazione e tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive* a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo, Napoli, 2008, p. 285 ss.

³⁸⁰ ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, op.cit., p. 53.

³⁸¹ ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett. e)*, cit., p. 65 ss; nello stesso senso RABITTI M., *op. cit.*, p. 151, e PICA T., *op. cit.*, p. 160, la quale evidenzia che "Uno dei profili sui quali si innesta la maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori, è il riconoscimento, ribadito e consolidato, del loro diritto alla corretta informazione."

³⁸² PICA T., *op. cit.*, p. 160.

2. La tutela del consumatore singolarmente considerato fra rimedi contrattuali e rimedi risarcitori

Le precedenti considerazioni consentono di porsi la domanda su quali siano gli strumenti a tutela del singolo consumatore.

Sotto tale profilo nella disciplina delle pratiche commerciali sleali si ravvisano segni di discontinuità rispetto alla linea di politica sinora espressa dal diritto comunitario in materia di rapporti tra professionisti e consumatori, quella linea, cioè, che può genericamente essere ricondotta alla centralità della categoria del “rimedio”³⁸³.

Infatti, con riferimento alla disciplina che ci interessa, come abbiamo visto nel corso della trattazione, il legislatore comunitario ha stranamente demandato, ai legislatori nazionali l’individuazione dei rimedi privatistici contro le pratiche commerciali scorrette, limitandosi a fissare il principio per il quale tali rimedi devono risultare effettivi, proporzionati e dissuasivi.

Tale dato, poi, colpisce in modo particolare in quanto la direttiva 2005/29/CE intendeva perseguire il fine della armonizzazione completa, realizzato attraverso un’analitica individuazione dei requisiti delle pratiche ingannevoli e aggressive, nonché di una *black list* che individua in modo tassativo le pratiche considerate in ogni caso vietate, e la previsione di una norma di chiusura che fissa i presupposti in presenza dei quali una pratica, pur non essendo specificamente ingannevole o aggressiva né ricompresa nella lista nera, va comunque ritenuta scorretta e dunque vietata.

La disciplina delle pratiche commerciali sleali determina, perciò, un ritorno alla prospettiva della fattispecie, anche se qui la categoria di riferimento non è rappresentata dal diritto soggettivo ma dal divieto nella forma dell’obbligo di contenuto per lo più negativo, cui non sembra corrispondere un diritto di credito del consumatore³⁸⁴.

Tale scelta del legislatore comunitario comporta una contraddizione tra il perseguito intento di armonizzazione completa, volto a ridurre i margini di

³⁸³ PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4/2010, p. 1117 ss.

³⁸⁴ Sul punto si veda RABITTI M., *op. cit.*, p. 143-144.

incertezza e di discrezionalità nell'individuazione del fenomeno e nell'applicazione della relativa normativa, e la totale indeterminatezza dei rimedi³⁸⁵.

E su questo profilo il nostro legislatore non si è espresso, determinando un rinvio tacito al sistema.

Riteniamo che una soluzione unitaria del problema non sia rinvenibile e che, piuttosto, sia necessario verificare caso per caso quale sia il rimedio utilizzabile³⁸⁶.

A tale conclusione induce, innanzitutto, lo stesso silenzio tenuto dal legislatore sul punto e il suo affidare il delicato compito di individuare i rimedi a tutela del singolo consumatore concretamente leso da una pratica commerciale scorretta fa pensare che non esista un unico rimedio, ma che ve ne siano diversi da adattare alle circostanze del caso.

Infatti, come abbiamo già visto, fra gli altri legislatori nazionali alcuni hanno preso posizione su questo problema imponendo un rimedio unico per la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali.

Dunque, questo non dire del nostro legislatore sembra essere motivato dalla consapevolezza che nel nostro ordinamento non è possibile esprimersi in termini di rimedio unico data la grande varietà e diversità delle fattispecie realizzabili.

Del resto, come già visto con riferimento sia alla direttiva che al corrispondente articolo del codice del consumo, molto ampio è l'ambito di applicazione della normativa in esame anche sotto il profilo della latitudine temporale.

A tale riguardo, l'art. 19 c. cons., come previsto dell'art. 3 della direttiva, ammette che la pratica commerciale possa essere realizzata prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

³⁸⁵ In tal senso PIRAINO F., *op. cit.*, p. 1120 ss.

³⁸⁶ Nello stesso senso CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008, p. 423; DI NELLA L., *op. cit.*, p. 366, il quale con specifico riferimento alle pratiche commerciali aggressive afferma che "Per le pratiche aggressive non appare corretto concentrare il discorso su una sola tipologia di sanzione. Al contrario, sembra potersi affermare che i rimedi civilistici per tali condotte vanno individuati a seconda della fase in cui esse sono state poste in essere e del tipo di incidenza che hanno avuto sulla stessa."

Fra le pratiche commerciali scorrette realizzate in vista della conclusione del contratto rientrano i comportamenti successivi ad un primo contatto fra le due parti a prescindere dalla circostanza che ne sia conseguito un accordo tra di esse. Così, l'art. 20 nel definire la scorrettezza della pratica si limita a richiedere la mera idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore, per cui può dirsi che tra i presupposti della pratica commerciale vietata non rientra l'effettiva conclusione di un contratto fra il professionista scorretto ed il consumatore.

Ma la nozione di pratica commerciale scorretta comprende anche le operazioni anteriori all'instaurarsi di un contatto fra le parti, purché suscettibili di indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso, e indipendentemente dal fatto che in concreto la prenderà. Ciò si evince proprio dall'art. 18 c. cons. che nel fornire la definizione di pratica commerciale alla lettera *d*) fa espresso riferimento alla "pubblicità e la commercializzazione del prodotto".

Con riferimento agli atti e alle omissioni riguardanti la fase successiva alla conclusione dell'accordo, vengono in rilievo l'esecuzione del contratto e le tutele postcontrattuali, come ad esempio i diritti di reclamo e di assistenza post-vendita.

In tale contesto si inseriscono innanzitutto le pratiche volte ad influenzare slealmente la scelta del consumatore di esercitare o meno un diritto, ad esempio il diritto di recesso, o di far valere una tutela, come ad esempio la sostituzione o la riparazione del bene acquistato. Tale ultima ipotesi è prevista, in generale, dall'art. 21 lett. *g*), c. cons., in cui nel definire il carattere ingannevole della pratica, si fa riferimento alla sua idoneità ad indurre in errore il consumatore in ordine ai suoi diritti, "incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 del presente codice".

Ed ancora l'art. 23, lett. *h*) c. cons., prevede un'ipotesi di tal tipo laddove cita fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli l'impegno del professionista "a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con cui egli ha comunicato, prima dell'operazione commerciale, in una lingua

diversa da quella ufficiale dello Stato membro in cui il professionista stesso è stabilito, per poi offrire concretamente il servizio soltanto in un'altra lingua".

Infine, anche l'art. 25 c.1, lett. d), nel prevedere gli elementi da considerare ai fini della valutazione di aggressività di una pratica, fa riferimento all'imposizione di un qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, all'esercizio di diritti contrattuali, compresi quello di risoluzione del contratto, di cambiare il prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista.

Dunque, si considerano pratiche commerciali scorrette anche quelle pratiche che essendo antecedenti o contestuali ad un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, rispettivamente prescindendo o presupponendo un contatto fra professionista e consumatore, sono finalizzate a far acquistare il bene o il servizio, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga concretamente.

Le pratiche commerciali posteriori, invece, concernono le scelte del consumatore successive alla conclusione del contratto, purché direttamente collegate o conseguenti all'operazione commerciale già effettuata.

Si tratta, quindi, di una disciplina di carattere trasversale che introduce una serie di indicazioni di carattere generale che possono trovare applicazione con riferimento all'intero atto di consumo nel suo aspetto dinamico³⁸⁷, essendo riferita alle diverse fasi del fenomeno che vanno dalla fase del primo contatto commerciale, qual è ad esempio quella della pubblicità, alla fase della comunicazione commerciale, cioè quell'insieme di comportamenti, di sollecitazioni, di contatti, che pur non rientrando propriamente nella pubblicità strettamente intesa, fanno comunque parte di una strategia di marketing rivolta al consumatore.

L'attenzione del legislatore è tutta concentrata sulla pratica commerciale perché è in questa fase che si determina essenzialmente la scelta del consumatore e, quindi, è con riferimento ad essa che la nuova disciplina

³⁸⁷ Cfr. BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2007, p.1428, il quale evidenzia che "il legislatore comunitario prende in considerazione l'atto di consumo in tutta la sua dinamicità e non solo nel suo momento essenziale costituito dal contratto. Una pratica infatti è sleale sia che essa induca effettivamente il consumatore a compiere una determinata scelta commerciale, sia che essa semplicemente sia idonea a farlo."

impone l'applicazione di un criterio di valutazione sostanziale dell'operato del professionista³⁸⁸.

In altre parole, sin dal momento della sollecitazione commerciale si impone l'applicazione di determinate regole di condotta corrette.

E in ciò può ravvisarsi una novità rispetto agli obblighi informativi come tradizionalmente concepiti che, invece, normalmente si inseriscono in una fase immediatamente successiva rispetto alla pratica commerciale generalmente intesa.

Dalla fase extracontrattuale, si passa poi a quella negoziale, che può comprendere anche una trattativa precontrattuale, per arrivare alla fase dell'esecuzione del contratto.

Ci si deve ora interrogare sull'effettiva portata innovativa di questa normativa che accanto ad un divieto generale di pratiche commerciali scorrette ha introdotto una serie di obblighi informativi³⁸⁹, alcuni a contenuto specifico e uno di carattere generale avente ad oggetto tutte le "informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno", nei diversi contesti, "per prendere una decisione consapevole di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" (art. 22, c. 1, c. cons.), nonché una lunga lista di condotte integranti le due principali tipologie di pratiche commerciali scorrette, quelle ingannevoli e quelle aggressive inserite agli artt. 23 e 26 c. cons..

Si è già evidenziato come la disciplina in esame si inserisca nel contesto di una legislazione di fonte comunitaria caratterizzata da una sempre maggiore attenzione nei confronti della regolamentazione della fase di formazione del contratto³⁹⁰.

Tale attenzione si traduce in particolare, come abbiamo detto, nella prescrizione di sempre più incisivi e pervasivi oneri, ad esempio di forma, ed

³⁸⁸ BARTOLOMUCCI P., *op. cit.*, p.1424.

³⁸⁹ Anche con la normativa in esame, dunque, si moltiplicano i vincoli di contenuto, ossia quelli riconducibili ai "limiti della libertà di "determinare il contenuto del contratto", evocati dall'art. 1322, c. 1, c.c.

³⁹⁰ Cfr. D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi 2*, Trattato del contratto a cura di Roppo V., p. 988 ss., nonché ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2002, p. 38-39, ove l'Autore osserva che "La fase della formazione è – tra le diverse fasi che scandiscono la vicenda contrattuale – quella che forse maggiormente risulta investita dai nuovi modi di organizzazione degli scambi che si affermano nelle società industriali (o *post* – industriali) avanzate, sollecitando non solo l'attenzione del legislatore ma anche quella dell'interprete".

obblighi di comportamento, soprattutto obblighi di informazione, che permettano di assicurare una maggiore trasparenza del regolamento contrattuale e di limitare possibili “abusi” che in presenza di una situazione di asimmetria tra le parti un contraente possa porre in essere nei confronti dell’altro.

Come è stato osservato in dottrina si tratta di normative che possono certamente considerarsi espressione del principio generale della buona fede *in contraendo*, già presente nel sistema in forza della norma dell’art. 1337 c.c.³⁹¹.

Dunque è opportuno chiedersi se parte di questi comportamenti che sono stati “tipizzati” dal legislatore comunitario, e conseguentemente dal nostro, come pratiche commerciali scorrette fossero già “sanzionabili” sulla base di altre norme presenti nel nostro ordinamento.

In proposito viene immediatamente alla mente il principio di buona fede richiamato nel nostro ordinamento in diverse norme ed in particolare le previsioni dell’art. 1337 c.c. che impone l’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative, dell’art. 1375 c.c. che impone l’obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede nonché dell’art. 1175 c.c. che impone al debitore ed al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza.

A queste norme devono poi aggiungersi gli artt. 1358 e 1366 c.c. che alludono alla buona fede con riferimento rispettivamente all’ipotesi di pendenza della condizione ed all’interpretazione del negozio nonché l’art. 2598 n.3 che si riferisce alla scorrettezza dell’atto di concorrenza.

In queste norme, secondo l’opinione oggi prevalente in dottrina, la buona fede assume il significato di correttezza o buona fede in senso oggettivo, ponendosi quale *regola di condotta* alla quale devono attenersi le parti del contratto come più in generale i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio³⁹², con ciò distinguendosi nettamente dalla buona fede in senso soggettivo, intesa

³⁹¹ D’AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 989.

³⁹² Così BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500, ROPPO V., *Il contratto*, Milano 2001, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, p. 493, BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche- sez. civ.*, Torino, 1988, p. 169, DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, p. 290 ss.

quale fatto psicologico, ossia la positiva convinzione di comportarsi *jure* dipendente da semplice ignoranza del vero o da una erronea rappresentazione della realtà³⁹³.

La dottrina oggi prevalente, infatti, rifiuta le proposte di differenziazioni delle nozioni di buona fede e correttezza avanzate talora in dottrina, ritenendo che le due nozioni coincidano, seppur espresse con termini diversi³⁹⁴.

Non convince la tesi che tende a distinguere la buona fede dalla correttezza sulla base della considerazione che la prima presiederebbe all'attuazione di rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la seconda a quella dei rapporti non aventi origine contrattuale, dunque sulla base di un diverso presunto ambito di incidenza, in quanto priva di rilevanza pratica³⁹⁵.

Né convince la tesi secondo la quale la buona fede presupporrebbe l'esistenza di uno specifico rapporto mentre la correttezza ne prescinderebbe, per cui la prima sarebbe destinata ad intervenire in sede di interpretazione e di attuazione del rapporto obbligatorio, imponendo un atteggiamento di fattiva cooperazione nell'interesse altrui, mentre la seconda si tradurrebbe in un comportamento di astensione da indebite ingerenze nell'altrui sfera giuridica, la cui più significativa applicazione si avrebbe negli artt. 1337 e 1338, concernenti ipotesi nelle quali non si pone un problema di rapporto ma di generico contatto sociale tra sfere giuridiche contrapposte. Tale opinione sembra essere, infatti, il risultato di una trasposizione, nel nostro ordinamento, di soluzioni adottate nell'ordinamento tedesco, trasposizione che appare indebita se si tiene conto del fatto che, viceversa, nel nostro ordinamento è proprio l'art. 1175, in cui si parla di correttezza, a presupporre, attraverso un

³⁹³ BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 159.

La sostanziale coincidenza della buona fede in senso oggettivo con la correttezza può considerarsi un dato acquisito, essendosi superato anche il riferimento del BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68 ss., al contenuto positivo o negativo del comportamento. Così BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500. Sul punto si vedano, fra gli altri, BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 47 ss., e SCOGNAMIGLIO R., *Dei requisiti del contratto, sub. art. 1337*, in *Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1970, p. 204, nonché BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. civ.*, Torino, 1988, p. 170.

³⁹⁴ DI MAJO A., *op. ult. cit.*, p. 294.

³⁹⁵ In tal senso DI MAJO A., *op. ult. cit.*, p. 293; analogamente BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 169.

esplicito riferimento al creditore ed al debitore, l'esistenza di un rapporto obbligatorio, mentre è l'art. 1337 a far esplicito riferimento alla buona fede³⁹⁶.

Né tantomeno sembra possibile distinguere le due nozioni affermando che la buona fede imporrebbe solo “doveri di carattere positivo” e la correttezza “obblighi di carattere negativo”.

Infatti anche tale interpretazione fornisce basi molto incerte per distinguere la correttezza dalla buona fede in quanto il distinguere obblighi positivi da doveri di contenuto negativo può dipendere davvero dalle singole situazioni in cui quelle nozioni sono destinate ad operare, per cui sia la buona fede che la correttezza potrebbero operare per mezzo dell'imposizione di doveri sia negativi che positivi, non sussistendo preclusioni che possano farsi dipendere dalle diverse esigenze cui rispettivamente la buona fede e la correttezza dovrebbero assolvere.

Ammesso, dunque, che la buona fede e la correttezza esprimono uno stesso concetto, anche se con una terminologia diversa, bisogna capire in cosa esso consista.

In particolare, questione controversa è quella relativa al significato e funzione del principio di correttezza e buona fede, essendo discusso in dottrina se esso sia determinabile a priori oppure no.

Infatti, secondo un primo orientamento, la buona fede svolgerebbe una funzione integrativa a priori, per cui il principio di buona fede avrebbe una portata in un certo senso normativa, quale fonte di obblighi.

Se intesa come *criterio di integrazione del contratto*, infatti, la buona fede serve a determinare contenuto e modalità delle prestazioni o dei comportamenti contrattualmente dovuti o vietati, obbligando, in estrema sintesi, ciascuna delle parti a comportarsi, nell'ambito del rapporto contrattuale, in modo da non pregiudicare, e anzi da salvaguardare il ragionevole interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio³⁹⁷.

³⁹⁶ Per una critica a tale impostazione si veda BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 169.

³⁹⁷ ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001, in *Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti*, p. 494, e nello stesso senso BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501 secondo il quale “la buona fede rileva come fonte primaria d'integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali”.

Tuttavia va anche rilevato che, a differenza di altre regole, la buona fede non impone un comportamento a contenuto prestabilito, ma è piuttosto una clausola generale che richiede comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto³⁹⁸.

Ciò per altro non comporterebbe, secondo tale dottrina, che essa non si presti ad essere sufficientemente determinata con riferimento a dati effettivi tratti dall'esperienza della vita di relazione. Perciò, sulla base dell'esperienza, confermata anche da alcune decisioni giurisprudenziali, dovrebbe ricondursi la buona fede in senso oggettivo o correttezza all'idea di fondo della solidarietà, più esattamente, con riferimento alle parti contrattuali, all'esigenza della solidarietà contrattuale.

In quanto tale, poi, si specificherebbe in due fondamentali canoni di condotta, imponendo in particolare, nell'ambito della formazione ed interpretazione del contratto, la *lealtà* del comportamento, e nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, un obbligo di salvaguardia, consistente nell'agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*³⁹⁹.

Viceversa, secondo un altro orientamento, attribuire al principio di buona fede funzione *lato sensu* integrativa a priori equivarrebbe a ridurre il complesso gioco delle relazioni intersoggettive ad una serie standardizzata di comportamenti preidentificati dalla giurisprudenza, con la conseguenza di rendere ogni singola vicenda contrattuale, nella quale la disciplina della correttezza dovrebbe intervenire, impermeabile al continuo, non sempre prevedibile mutare delle circostanze⁴⁰⁰.

Né sarebbe possibile, secondo tale tesi, assegnare funzione integrativa alla buona fede e contemporaneamente affermare che tale funzione non si

³⁹⁸ Così BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 502.

³⁹⁹ BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 505.

⁴⁰⁰ BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. civ.*, Torino 1988, p. 171-172; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, in *Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di Cicu A. e Messineo F.*, p. 26 ss. il quale afferma "l'impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo delle regole della correttezza e della buona fede, ma non esclude che possa cogliersi la rilevanza per così dire tendenziale del criterio, che in queste si esprime".

tradurrebbe nell'aprioristica ed astratta imposizione di doveri reciproci di comportamento, ma in una serie di doveri destinati ad attualizzarsi nello svolgimento del rapporto in relazione alle esigenze man mano nascenti, o che la determinazione di detti obblighi sarebbe rimessa al giudice e, quindi, conosciuta dalle parti in sede di giudizio, cioè a posteriori. Infatti la tesi contestata o non permette di evitare la necessità di un'astratta e generica previsione di obblighi a priori, sia pure destinati ad essere precisati in concreto, previsione, dunque, priva di utilità, o equivarrebbe ad una, sia pur involontaria, rinuncia all'asserita portata "normativa" del principio di buona fede e conseguente approdo ad una soluzione analoga a quella cui giunge la tesi che nega alla normativa di correttezza funzione integrativa⁴⁰¹.

Questo secondo orientamento, dunque, individua nel principio di correttezza e buona fede un parametro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori, affidato al giudice, di un fatto, e perciò pure del contratto in quanto fatto giuridico, e/o di un comportamento⁴⁰².

Cioè non si tratterebbe dell'espressione di un dovere generico e/o la fonte di specifici obblighi integrativi né lo strumento di controllo legato ad una visione "tipologica" della realtà, ma un criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi configgenti secondo una misura che non può essere aprioristicamente determinata, ma è destinata a precisarsi, di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda nel quadro complessivo delle circostanze anche sopravvenute del caso concreto.

⁴⁰¹ Così ancora BIGLIAZZI GERI L., *op. cit.*, p. 172, nonché sull'intera questione, in senso conforme anche NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, p. 26 ss., Milano, 1974, in *Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di Cicu A. e Messineo F.*, il quale contesta l'uso improprio e sostanzialmente riduttivo della clausola generale di buona fede utilizzata per costruire obblighi già previsti dalla legge o deducibili dalla natura della prestazione, con inevitabile esclusione di un ulteriore intervento della clausola in questione in funzione correttiva, nelle circostanze anche sopravvenute nel caso concreto, rispetto a fattispecie ritenute già "integrate" *ex fide bona*.

⁴⁰² In senso conforme si veda anche D'AMICO G., *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 60, nota 120, il quale con riferimento alla questione della rilevanza reticenza come ipotesi di dolo afferma che "In ciò sta l'essenziale fondo di verità della tesi per cui la buona fede è una regola oggettiva di valutazione *ex post* del comportamento di un soggetto, non la (pretesa) fonte di obblighi o diritti".

Si tratterebbe, perciò, di un criterio tipicamente bilaterale e qualitativo perché implicante un giudizio di relazione attento alla qualità degli interessi coinvolti piuttosto che all'interesse astrattamente privilegiato da una norma, in funzione correttiva dei rigori del *jus strictum* attraverso una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che deriverebbe dal semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o di un comportamento ad un'astratta previsione di legge.

Queste, sono in estrema sintesi, i principali orientamenti espressi dalla dottrina con riferimento al contenuto della buona fede in senso oggettivo.

Piuttosto articolata è anche l'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede, in quanto la giurisprudenza ha incontrato una certa difficoltà, principalmente nell'intendere il significato e la portata del principio. Si riscontrano due diversi orientamenti di pensiero.

Un primo orientamento tende a svalutare il dovere di buona fede e giunge addirittura a negare che si tratti di un autonomo obbligo giuridico. In dottrina questo atteggiamento trae spunto dal convincimento che la norma sulla buona fede sarebbe priva di un reale contenuto e si ridurrebbe ad un'affermazione retorica conforme al clima politico esistente al momento dell'emanazione del codice civile⁴⁰³.

Un altro orientamento tende a esaltare nella buona fede "uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni", nonché l'oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito col proposito doloso di creare pregiudizio ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente

⁴⁰³ Cfr. Cassazione 3 febbraio 1994, n. 1091, in *Foro padano* 1996, I, 7, secondo cui il dovere di correttezza e buona fede imposto dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non crea obbligazioni autonome ma rileva soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti; Cass. 20 luglio 1977, n. 3250: la violazione dei doveri di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma – come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3, c.c. – costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede⁴⁰⁴.

A tale riguardo, la giurisprudenza più recente ha osservato che il principio di buona fede si sostanzia in un “generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra”⁴⁰⁵, sostanziandosi “nel dovere di ciascun contraente di cooperare all’interesse della controparte”⁴⁰⁶.

Più precisamente secondo la Cassazione la buona fede costituisce un dovere giuridico autonomo che grava sulle parti, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto espressamente stabilito da norme di legge⁴⁰⁷, atteggiandosi, pertanto, come un impegno od obbligo di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost.⁴⁰⁸, il quale impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra⁴⁰⁹.

Alla luce di quanto detto finora ci si può, quindi, chiedere se la normativa in esame costituisca una mera specificazione del dovere di buona fede in materia contrattuale come sopra delineato.

Con la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, infatti, il legislatore ha imposto degli obblighi di comportamento, sotto forma di doveri di informazione nonché più in generale di condotte “leali” e particolarmente diligenti, idonee a non falsare il comportamento economico del consumatore medio che esse raggiungono.

⁴⁰⁴ In tal senso, ad esempio, Cass. 89/1966, e Cass. 8351/1987.

⁴⁰⁵ Cfr. Cass. 3185/2003.

⁴⁰⁶ Cfr. Cass. 14726/2002; Cass. 5240/2004.

⁴⁰⁷ Cfr. Cass. 2855/2005 per la quale la violazione della buona fede costituisce di per sé inadempimento e può comportare l’obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato.

⁴⁰⁸ In tal senso PERLINGIERI P., *L’informazione e il contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli 2003, p. 375 secondo il quale “la solidarietà (...) non è una delle tante clausole generali dell’ordinamento, ma un principio normativo contenuto nell’art. 2 Cost., fondamento delle clausole generali delle quali si discute: tanto della trasparenza, tanto della buona fede, tanto della correttezza. Ciò è coerente in un sistema che vuole la cooperazione non a fini esclusivamente produttivistici: una cooperazione tra contraenti, tra creditore e debitore, ispirata ad un principio di solidarietà non soltanto economica, ma politica e sociale”; ROPPO V., *Il contratto*, Milano 2001, in *Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti*, p. 493.

⁴⁰⁹ Cass., 18 ottobre 2004, n. 20399; Cass. 30 luglio 2004, n. 14605.

Si tratta, dunque, di una normativa che per certi versi può essere ricondotta al principio generale della buona fede *in contrahendo*, già presente nel sistema, come si diceva prima, grazie all'art. 1337 c.c., considerato da parte della dottrina come disposizione contenente, oltre che un principio, anche una clausola generale⁴¹⁰.

A ben vedere, però, la nuova disciplina, pur essendo in termini generali astrattamente riconducibile alla clausola di cui all'art. 1337 c.c., sembra collocarsi al di fuori di essa.

Va ricordato che in passato, con riferimento ad altre normative, diversi autori avevano individuato nell'art. 1337 c.c. un mezzo per assicurare una maggiore tutela del contraente “debole”⁴¹¹.

Tale prospettiva, tuttavia, sembra essere oggi superata, o in un certo senso “assorbita” dalla evoluzione legislativa che fa ruotare la tutela del consumatore in buona misura proprio attorno agli obblighi di informazione imposti al professionista⁴¹².

Infatti, questi obblighi sono oggi concepiti, e così è anche nella disciplina che ci interessa, in modo diverso da come li costruiva la dottrina che li deduceva dalla clausola generale⁴¹³.

Non può disconoscersi il carattere innovativo della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, dovuto anche al riferimento che tale normativa fa al consumatore medio che, come già evidenziato in precedenza, è soggetto ben diverso da quello cui si riferisce il codice, che detta una disciplina

⁴¹⁰ D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi 2*, Trattato del contratto a cura di Roppo V., p. 989.

⁴¹¹ Si veda in proposito GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, in A.A.V.V., *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, 2002, p. 145, il quale afferma che “Sul versante della tutela, la definizione di un ambito di rilevanza dell'obbligo di informazione *in contraendo*, emanazione della regola di comportamento secondo buona fede, rinvia direttamente all'operare di una regola di responsabilità e, dunque, alla tutela di risarcimento; gli ampi vuoti lasciati dalle tecniche di invalidazione – le c.d. zone franche – potevano, entro certi limiti, essere colmati mediante il ricorso a detta regola...”

⁴¹² D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*, p. 990.

⁴¹³ Lo riconosce lo stesso GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, *cit.*, p. 148-149, rilevando che “Nel nuovo contesto, si fa evanescente la consistenza tecnica del concetto di trattativa; specularmente, l'informazione precontrattuale subisce una sorta di oggettivazione – o, per meglio dire, di standardizzazione – viepiù accentuata laddove il momento informativo integra discipline normative della dinamica di svolgimento della fase precontrattuale ispirate da una logica di procedimentalizzazione. Si determina, per questa via, un irrigidimento del modello “duttile” ed “aperto” di matrice codicistica...”

applicabile a rapporti individuali tra soggetti posti su un piano di parità, non avendo in mente, il legislatore del codice civile, dei rapporti caratterizzati da un forte squilibrio sia sotto il profilo dell'informazione che sotto il profilo del potere contrattuale, quali sono quelli tra professionista e consumatore⁴¹⁴.

Inoltre, in base alla clausola generale di correttezza di una pratica commerciale, non sono più le informazioni contrattuali le uniche ad essere prese in considerazione ma a queste si aggiungono, come sopra visto, tutta una serie di messaggi pubblicitari, comportamenti, notizie, sollecitazioni di diversa natura che possono precedere la conclusione del contratto, indurre alla sua conclusione, determinare l'assetto dei diritti e degli obblighi, misurarne l'esecuzione⁴¹⁵.

Sembra, dunque, possibile concludere che gli obblighi informativi introdotti dalla normativa in esame non costituiscano una mera tipizzazione legislativa del dovere generale di buona fede, ma aggiungano qualcosa in più, consentendo di considerare scorretti dei comportamenti che di per sé non lo sarebbero necessariamente in base alla disciplina del codice civile.

Più esattamente sembrerebbe che con l'introduzione di detta disciplina il legislatore abbia in qualche modo preso posizione sulla questione relativa al significato e funzione del principio di correttezza e buona fede mostrando di preferire la tesi che sostiene la funzione *integrativa a priori* della buona fede, provvedendo a specificare il significato della scorrettezza nell'ambito delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori anche attraverso delle *black list* contenenti un elenco di pratiche considerate in ogni caso scorrette.

⁴¹⁴ Cfr. GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, cit., p. 147, ove si legge, con riferimento specifico al contributo del medesimo autore su *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, 1990, che "Guardavo, allora, nel mio libro, all'aspirante contraente, al singolo consumatore intento a negoziare per soddisfare un suo bisogno e, in questo'ottica, identificavo il terreno d'elezione dell'obbligo precontrattuale di informazione nella trattativa individualizzata, quella connotata dall'intento esplorativo, dalla partecipazione effettiva e 'paritaria' alla definizione dei termini e delle condizioni del futuro, ipotetico contratto, tra soggetti determinati e in reale contatto tra loro."

⁴¹⁵ BARTOLOMUCCI P., *op. cit.*, p.1427.

3. I rimedi risarcitori

Passando ora all'esame delle alternative che si prospettano al singolo consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, è forse il rimedio risarcitorio quello più adatto a tutelarlo e di più ampia applicazione, in quanto più facilmente si adatta alle circostanze concrete, proteggendo comunque la sfera giuridica del consumatore⁴¹⁶.

Ciò appare confermato anche dall'introduzione delle azioni collettive finalizzate al risarcimento dei *mass torts*, specificamente esercitabili anche in tale settore⁴¹⁷.

Sembra, infatti, verosimile che il consumatore leso da una pratica commerciale scorretta nella maggior parte dei casi abbia interesse ad agire per ottenere ristoro del danno eventualmente subito, piuttosto che a porre nel nulla il contratto stipulato azionando i rimedi invalidanti.

Innanzitutto laddove le pratiche commerciali scorrette siano state poste in essere nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ovvero nell'ambito dell'esecuzione di un contratto o più in generale nell'ambito di un rapporto obbligatorio intercorrente fra consumatore ed un professionista, è possibile ipotizzare in capo al professionista anche una responsabilità *ex artt. 1337 o 1375 c.c.*, dal momento che nella maggior parte dei casi l'uso di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista implicherà anche un comportamento contrario a buona fede⁴¹⁸.

⁴¹⁶ In questo senso *ex multis*, MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA* 2008, p. 309 ss.; TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 10/2009, 775 ss.; AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale? In I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, a cura di A. Genovese*, Cedam, Padova, 2008, p. 1 ss.; CIATTI A., *op. cit.*, p. 383 ss., anche se l'Autore, pur configurando la responsabilità per pratiche commerciali scorrette come "responsabilità per fatto illecito", conclude poi per la prescrizione decennale, "considerata la natura contrattuale della responsabilità", probabilmente per l'idea che la responsabilità da illecito possa cumularsi in qualche modo con la responsabilità contrattuale, e nono stante la giurisprudenza sia costante nel ricondurre la responsabilità precontrattuale nell'ambito più generale delle forme di responsabilità extracontrattuale.

⁴¹⁷ TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 780.

⁴¹⁸ GUERINONI E., *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, 2010, p. 148.

Appare, infatti, evidente che una condotta “scorretta” ai sensi e ai fini degli artt. 20 c. cons., non può non riverberare i propri effetti anche sulla valutazione della sua conformità ai canoni di correttezza e buona fede a norma degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c..

Come osservato dalla dottrina⁴¹⁹, sarebbe, infatti, irragionevole postulare un’assoluta e completa autonomia ed impermeabilità dei due sistemi normativi escludendo a priori qualsiasi possibile reciproca interferenza fra di essi.

Naturalmente non sempre la qualificazione di una pratica commerciale quale “scorretta” ai sensi dell’art. 20 ss. c. cons. comporterà la contrarietà a buona fede ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. del relativo comportamento.

Al riguardo è necessario distinguere tra due categorie di condotte, e cioè quelle riconducibili alle liste nere di cui agli artt. 23 e 26 e quelle risultanti scorrette in applicazione degli artt. 20-22 e 24-25 c.c.⁴²⁰.

Infatti, con riferimento alle prime si può ritenere che la scorrettezza, data l’esistenza di una sua predeterminata valutazione legislativa in senso negativo, integri anche la contrarietà a buona fede.

Con riferimento invece alla seconda categoria di condotte, e cioè di quelle ipotesi in cui l’attitudine della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore, come richiesto dall’art. 20, c.2, c. cons., e l’idoneità della pratica a pregiudicare la capacità del consumatore di scegliere in modo consapevole ed informato, o a limitarne la libertà di scelta e di comportamento, così da indurlo ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, come richiesto dagli artt. 21, 22 e 24 c. cons., sono caratteristiche che vanno accertate facendo riferimento al parametro astratto e generalizzante del consumatore medio. Tale parametro, infatti, non sembra utilizzabile quando si tratti di stabilire se il comportamento tenuto da un professionista nei confronti di un singolo, concreto consumatore, che lo abbia eventualmente convenuto in giudizio con un’azione risarcitoria,

⁴¹⁹ DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2008, p. 1115-1116.

⁴²⁰ DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., p. 1115-1116.

lamentando la violazione degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., sia stato conforme a correttezza e buona fede⁴²¹.

A tale riguardo, va inoltre ricordato che la Cassazione ha esteso la responsabilità precontrattuale a ipotesi diverse da quelle della ingiustificata rottura delle trattative, per cui la relativa disciplina risulterebbe applicabile anche alle ipotesi in cui, come nella specie, sia intervenuta la conclusione di un valido contratto fra le parti⁴²².

Sotto altro profilo, va evidenziata l'esistenza di una stretta connessione fra la disciplina attuativa della direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali e gli artt. 2 e 39 c. cons.⁴²³, nonché, più a monte che i principi di "buona fede, correttezza e lealtà" di cui all'art. 2, c. 2, lett. c-bis, c. cons. sono gli stessi cui fa riferimento l'art. 39 c. cons.⁴²⁴.

La connessione tra la normativa in esame e il principio di correttezza nell'attività commerciale di cui all'art. 39 emerge già dalla lettura della Relazione illustrativa del d. lgs. 206 del 2005 secondo la quale l'art. 39 c.

⁴²¹ DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., p. 1116. Tuttavia, va rilevato come anche fra queste pratiche quella dell'*ostacolo non contrattuale* di cui all'art. 25 c. cons. integra senz'altro un comportamento contrario a buona fede integrando una forma di esercizio abusivo del diritto. Sulla pratica dell'*ostacolo non contrattuale* e sua contrarietà a buona fede si veda DI NELLA L., *op. cit.*, p. 314.

⁴²² Cassazione n. 19024/2005 secondo la quale "La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dall'art. 1337 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stato stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al 'minor vantaggio', ovvero al 'maggior aggravio economico' prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto".

⁴²³ In tal senso si esprimono sia DE CRISTOFARO G., *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium iuris* 3/2008, p. 265 ss., sia ROSSI CARLEO L., *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, *op. cit.*, p. 61 ss.

⁴²⁴ DE CRISTOFARO G., *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221*, *op. cit.*, p. 265 ss.; GIUGGIOLI P.F., MARTINELLO P., PUTTI P.M., SACCOMANI A., VIGNOLO V., *Le vendite di beni e servizi*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, tomo II, p. 406 ss., in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio, p. 427, ove con riferimento alla nozione di "diligenza professionale" contenuta nella definizione di pratica commerciale scorretta di cui all'art. 20 c. cons., si sottolinea che "...tale valutazione, ai sensi e per gli effetti di legge, si fonda sui parametri dei cc.dd. "principi generali di correttezza e di buona fede", che, in una prospettiva sistematica, sembrano coincidere con quelli enunciati dall'art. 39 C. Cons."

cons. “introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali”, nonché da quanto affermato nella Relazione illustrativa del d. lgs. n. 221 del 2007, secondo cui la lett. c-bis del comma 2 dell’art. 2 c. cons. contiene “una disposizione di richiamo ai principi di correttezza, lealtà e buona fede, conformemente con quanto previsto dalla Direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali recepita con il decreto n. 146 del 2007”.

Di conseguenza, innanzitutto, può concludersi che la locuzione “pratiche commerciali” di cui alla lett. c-bis dell’art. 2, c. 2, c. cons., debba essere intesa nell’accezione di cui all’art. 18, lett. d, c. cons., così come la locuzione “attività commerciali” di cui all’art. 39 c. cons., nonostante vi si parli letteralmente di “attività” anziché di “pratiche”.

In secondo luogo, si può concludere che la “scorrettezza” della pratica commerciale, nel senso e ai fini di cui agli artt. 20 ss. c. cons., sia espressione della non rispondenza di tale pratica ai “principi di buona fede, correttezza e lealtà” di cui agli artt. 2, c. 2, e 39 c. cons.⁴²⁵.

Perciò, laddove il professionista abbia violato il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette si renderebbe responsabile della violazione di un diritto “fondamentale”, ex art. 2, lett. c-bis, c. cons., e “irrinunciabile”, ex art. 143, c.1, c. cons., dei consumatori⁴²⁶.

Tale conclusione, sembra consentire di sostenere che i consumatori *uti singuli* siano legittimati a pretendere il risarcimento dei danni che dimostrino di aver sofferto per effetto di pratiche commerciali scorrette poste in essere nei

⁴²⁵ Il comma 2 dell’art. 2, c. cons., riconosce che “Ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: (...) c-bis) all’esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà”, mentre l’art. 39 c. cons. dispone che “Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori.”

⁴²⁶ Con riferimento alla circostanza che il diritto all’autodeterminazione del consumatore e all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà siano diritti fondamentali del consumatore si veda Cass. S.U. 15/1/2009 n. 794, in *Guida al diritto* n. 8/2009, ove si legge che “...occorre procedere ad un’attenta selezione dei danni risarcibili, che tenga conto della gravità dell’offesa prodotta. Quanto al diritto all’autodeterminazione, esso può essere tratto dal Codice del consumo che, all’art. 2, riconosce come fondamentali i diritti del consumatore ad un’adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà.”

loro confronti e a far valere tale pretesa sia nell'ambito di giudizi individuali promossi con azioni risarcitorie *ex art.* 1337 o 2043 c.c., sia nell'ambito di eventuali giudizi collettivi instaurati con le azioni collettive risarcitorie di cui all'art. 140- *bis* c. cons.⁴²⁷.

Certamente, infatti, come già osservato nel capitolo che precede, non si può sostenere che di per sé sola la natura "scorretta" di una pratica commerciale sia sufficiente per riconoscere in capo ai consumatori un'azione *ex art.* 2043 c.c., essendo invece necessario che sussista in concreto un pregiudizio causalmente riconducibile a tale pratica.

Il problema, quindi, come già segnalato, è quello di riconoscere un interesse giuridicamente rilevante facente capo ai consumatori *uti singuli* all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, la cui lesione integrerebbe un danno ingiusto ai fini dell'art. 2043 c.c., in ogni lesione di siffatto interesse⁴²⁸.

A tal fine, a ben vedere, non è neanche necessario addentrarsi nelle problematiche connesse alla disputa tra fautori del principio di atipicità dell'illecito e fautori del principio di tipicità, essendo evidente che nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette è palesemente ravvisabile una posizione giuridicamente protetta di tipo primario in capo ai consumatori, destinatari della condotta illecita.

⁴²⁷ DE CRISTOFARO G., *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221*, op. cit., p. 268; nello stesso senso FEBBRAJO T., *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 196, il quale afferma che "L'espresso riconoscimento di un diritto (peraltro arricchito dalla qualificazione di "fondamentale") ad un'adeguata informazione, fa sì che da ogni comportamento del professionista con esso contrastante derivi, quantomeno, l'obbligo di risarcire il danno subito dal consumatore".

⁴²⁸ In proposito si veda DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, op. cit., p. 1113-1114, il quale evidenzia che pur trattandosi di una ricostruzione ardita essa sembra trovare qualche appiglio, seppure indiretto, nel codice del consumo e precisamente nell'art. 27 *ter*, c. 2, c. cons. laddove si esclude che il ricorso proposto agli organismi di autodisciplina competenti a controllare il rispetto dei codici di condotta possa alcun modo "pregiudicare il diritto del consumatore (...) di adire l'Autorità garante ai sensi dell'art. 27 o il giudice competente". Tale riferimento al *giudice competente* sembrerebbe presupporre che sussista per i singoli consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta la possibilità di rivolgersi non solo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ma anche all'autorità giudiziaria ordinaria. Non è precisata la natura dei rimedi suscettibili di essere esperiti davanti a quest'ultima, ma è intuitivo pensare che si tratti di rimedi risarcitori.

Infatti la posizione di interesse dei consumatori, come sopra visto, rientra fra gli scopi ed è anzi l'obiettivo primario di tutela della normativa in esame.

A sostegno di questa tesi va ricordato che la normativa in esame presenta molte analogie con il diritto *antitrust*.

Anche le intese restrittive della concorrenza, infatti, comportano la violazione di una norma di condotta corredata da sanzioni amministrative pecuniarie, come disposto dagli artt. 2 e 15 della legge 287/1990, e anche in questo caso tra le finalità della legislazione *antitrust* vi è il benessere del consumatore⁴²⁹.

A tale riguardo la giurisprudenza⁴³⁰ ha osservato che la funzione illecita dell'intesa *antitrust*, rispetto all'interesse del consumatore, sta nel ledere il "diritto di scelta effettiva fra prodotti in concorrenza". Ciò in quanto la tutela del consumatore attiene anche, e in primo luogo, alla possibilità di quest'ultimo di compiere scelte libere e consapevoli.

Dunque anche il diritto della concorrenza tutela la libertà di scelta del consumatore⁴³¹, analogamente a quanto fa la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Con riferimento all'azione di danno derivante da un illecito *antitrust*, in estrema sintesi, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo poste il problema della plurioffensività dell'illecito *antitrust* sotto il duplice profilo della validità ed efficacia dei contratti stipulati "a valle" della condotta anticoncorrenziale e della legittimazione ad agire da parte di soggetti diversi dalle imprese, e, quindi, da parte del consumatore leso dalla condotta medesima.

⁴²⁹ LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e responsabilità* 3/2005, 237 ss.

⁴³⁰ Cassazione civile, sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corriere giuridico* 8/2005, p. 1093 ss., con nota di Libertini M.

⁴³¹ LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere giuridico* 8/2005, p. 1096; DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 11, il quale con riferimento alla normativa *antitrust* afferma che "Essa, per definizione, attraverso la tutela della concorrenza, dovrebbe tendere a garantire la libertà di scelta del consumatore. Codesta libertà, e con essa quella contrattuale, è messa in crisi ove accordi o intese abbiano per oggetto od effetto la restrizione della concorrenza. (...) Ribadire allora che la normativa *antitrust* ha anche una valenza 'liberale' ed emancipatoria nei riguardi delle scelte dei consumatori può non essere inutile."

La sentenza delle Sezioni unite di Cassazione n. 2207/2005 ha riconosciuto la legittimazione ad agire *ex art.* 33 della legge 287/1990 al consumatore finale che abbia subito un danno a causa dell'esplicitarsi di una condotta vietata ai sensi dell'art. 2 della suddetta legge e ribaltando l'orientamento imposto dalla precedente sentenza della Cassazione del 2002 ha rimosso un ostacolo al pieno dispiegarsi del c.d. *private enforcement* del diritto *antitrust*.

La sentenza delle Sezioni Unite, in particolare, ha chiarito che la legge n. 287/1990 non è legge degli imprenditori soltanto “ma è legge dei soggetti del mercato” intendendosi per tale “chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale rapporto.

La Corte ha legittimato, dunque, il consumatore ad esperire il rimedio risarcitorio innanzi alla Corte d'appello competente e tale rimedio, come era già stato chiarito da autorevole dottrina, configura un'ipotesi di responsabilità aquiliana.

In relazione a tale sistema la stessa Cassazione ha espressamente riconosciuto che “fra i titolari interessi giuridicamente rilevanti sono anche i consumatori finali, in quanto titolari di un “diritto di scelta effettiva fra prodotti concorrenti”⁴³².

Questa conclusione è supportata da dati testuali, come l'art. 4 della l. 287/1990, che espressamente attribuisce rilevanza al beneficio del consumatore, tra i criteri di valutazione della liceità delle intese.

Da qui la conclusione per cui l'illecito *antitrust* integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c.; perciò, secondo la Suprema Corte, “colui che subisce un danno per una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della legge l. 287 del 1990”.

⁴³² Cassazione civile, sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corriere giuridico* 8/2005, p. 1093 ss., con nota di LIBERTINI M..

Pertanto, se la responsabilità da illecito è stata già correttamente richiamata in relazione a sistemi, come il diritto *antitrust*, nei quali la posizione dei consumatori è tutelata in via mediata, sarebbe contraddittorio non riconoscerla quando tale posizione è tutelata in modo più diretto⁴³³.

Sembra ragionevole concludere che i danni al consumatore causati da una condotta “scorretta” del professionista ai sensi della normativa in esame ricadano nell’ambito della responsabilità da illecito, essendo non solo gli effetti tipici della condotta vietata, ma proprio fra i rischi che la normativa vuole evitare.

Inoltre, a sostegno della possibile natura extracontrattuale della responsabilità da pratiche commerciali scorrette va addotta anche la circostanza che il legislatore ha disposto sanzioni amministrative a carico dei professionisti “scorretti”, con ciò spingendo sia il comportamento commissivo che quello omissivo, nell’ambito del “dovere” e non dell’obbligo, a testimonianza della volontà di oltrepassare la soglia della tutela individuale.

Infatti, parte della dottrina⁴³⁴ occupandosi della questione dei rapporti tra omissione e illecito civile ha affermato che per capire quando la fattispecie costituita dal “non fare ciò che si è tenuti a fare” comporta responsabilità aquiliana e quando responsabilità contrattuale bisogna guardare al profilo del dovere violato.

Nel caso di responsabilità aquiliana si tratta soltanto di un “dovere”, mentre in quella contrattuale la violazione concerne un “obbligo”.

Tale dottrina porta come esempio di “mero dovere”, la cui violazione dà origine a responsabilità aquiliana proprio l’ipotesi in cui la fattispecie sia accompagnata da una sanzione penale o amministrativa, in quanto ciò manifesta l’intento di andare oltre l’ambito della tutela individuale.

Va però ricordato che altra dottrina⁴³⁵ si è invece espressa in senso contrario, ritenendo che la sanzione prevista dalla legge non cambia la natura della responsabilità.

⁴³³ MIRONE A., *op. cit.*, p. 332.

⁴³⁴ CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 320.

⁴³⁵ GIGLIOTTI F., *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2002, p. 911 ss.

Naturalmente, aderendo a questa ricostruzione il consumatore sarebbe gravato dall'onere di provare, oltre alla natura scorretta della pratica commerciale posta in essere nei suoi confronti dal convenuto, la colpevolezza di quest'ultimo, i pregiudizi in concreto sofferti e soprattutto l'esistenza di un nesso di causalità fra tali pregiudizi e la pratica commerciale scorretta⁴³⁶.

In tal caso, perciò, l'onere della prova sarà disciplinato secondo le regole generali e quindi, ai sensi dell'art. 2697 c.c., graverà sul consumatore dimostrare i fatti costitutivi dell'illecito, non potendosi applicare nel giudizio ordinario la diversa regola operante per il procedimento davanti al Garante ai sensi dell'art. 27, c. 5, c. cons., secondo cui è il professionista a dover provare con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto negativo della pratica da lui posta in essere sui consumatori⁴³⁷.

Ci si deve chiedere se, al fine di dimostrare la sussistenza della responsabilità extracontrattuale in capo al professionista, si possa dare rilievo ad un eventuale provvedimento anteriore dell'Autorità *antitrust*, analogamente a quanto accade nell'ambito del risarcimento dei danni conseguenti a comportamenti anticoncorrenziali vietati ai sensi della l. 287/1990 a tutela della concorrenza e del mercato.

Infatti, nel settore dell'*antitrust* le decisioni dell'Autorità garante sono spesso usate dalla giurisprudenza, anche di legittimità, come mezzo per alleggerire l'onere probatorio del consumatore, anche per favorire, sia pure indirettamente, il ricorso al *private enforcement* come strumento di tutela del mercato⁴³⁸.

L'ipotesi del collegamento tra giudizio civile e giudizio amministrativo, peraltro, trova un fondamento testuale, sia pure generico, nel c. 6 dell'art. 140

⁴³⁶ DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 92; GUERINONI E., *op. cit.*, p. 150.

⁴³⁷ Sull'inversione dell'onere della prova nel procedimento davanti all'AGCM si veda GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, in A.A.V.V. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova, 2008, p. 235.

⁴³⁸ Si veda in proposito, a titolo di esempio, Cass., 2/2/2007, n. 2305, in *Foro italiano*, 2007, I, p. 1097-1106, con commento di PARDOLESI R.; e in *Corriere giuridico*, 2007, p. 648, con nota di BASTIANON S.; e più di recente, Cass., 13/2/2009, n. 3640, in cui si attribuisce il carattere di "prova privilegiata" al provvedimento dell'AGCM, con riguardo alla sussistenza del comportamento accertato dell'impresa, della posizione dalla stessa rivestita sul mercato, del suo eventuale abuso.

bis c.c. che prevede che nelle azioni collettive dirette ad ottenere il risarcimento dei danni per pratiche commerciali sleali o per comportamenti anticoncorrenziali il giudice possa “sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un’istruttoria davanti a un’autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo”.

Effettivamente si potrebbe ipotizzare che per provare la scorrettezza della pratica commerciale di un professionista sia sufficiente allegare nell’atto di citazione il provvedimento inibitorio o sanzionatorio adottato dall’Autorità Garante che abbia accertato il carattere illegittimo del comportamento ai sensi degli artt. 21-26 c. cons.⁴³⁹.

E proprio in questo senso si è espressa, sotto il vigore della vecchia disciplina in tema di pubblicità ingannevole, una decisione di merito emanata nel 2004, in sede cautelare⁴⁴⁰.

Il Tribunale di Terni ha sancito il principio secondo cui l’accertamento della natura ingannevole di una condotta pubblicitaria da parte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato deve necessariamente spiegare effetti sulla validità e sulla efficacia degli atti che siano stati conclusi in forza di tale illecita condotta promozionale. La disciplina sulla pubblicità ingannevole

⁴³⁹ In tal senso si esprime, ad esempio, TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 781.

⁴⁴⁰ Trib. Terni, 6 luglio 2004 con nota di PERUGINI S., *Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2005, p. 1836. Il caso sottoposto a detto Tribunale riguardava un consumatore che, raggiunto telefonicamente da un professionista, veniva invitato a presentarsi in un albergo per ritirare una “vacanza premio” che gli era stata attribuita a titolo gratuito. Il consumatore, dunque, sottoscriveva i documenti convinto di aver acquistato una vacanza gratis, ma si rendeva conto subito dopo di aver concluso invece un contratto di acquisto di una settimana in multiproprietà, per di più con l’obbligo di stipulare un successivo contratto di finanziamento per poter pagare il prezzo della vendita. Pertanto, esercitava l’azione cautelare per ottenere la sospensione dell’efficacia di entrambi i contratti (in quanto collegati), nell’attesa della decisione del giudice di merito, adito per l’annullamento del contratto di compravendita, reputato invalido in quanto concluso per effetto dell’inganno perpetrato dal professionista, ai sensi dell’art. 1439 c.c. Nel frattempo l’Autorità accertava la natura ingannevole della condotta utilizzata dal professionista per carpire il consenso dei consumatori. Il giudice cautelare, nell’accogliere la richiesta cautelare motiva mediante l’argomento secondo cui l’accertamento dell’ingannevolezza della condotta perpetrata dal professionista “non può riflettersi sugli effetti negoziali e sulla validità dell’atto concluso all’esito ed a causa di tale condotta”.

Un altro precedente è riscontrabile nella decisione della Pretura di Bologna, 8/4/1997, in *Giustizia civile* 3/1998 p. 880 ss. con nota di POLIMENO L., e in *Foro italiano*, 1997, I, p. 3064, con nota di D’aquino. In quest’ultimo caso il giudice si è limitato ad affermare che la decisione dell’Autorità “costituisce elemento indiziario idoneo a far presumere l’induzione in errore del consumatore ai fini dell’annullamento del contratto” stipulato a seguito della campagna pubblicitaria.

avrebbe, infatti, riscritto con parole idonee ed attuato l'art. 1439 c.c., per cui l'accertamento dell'ingannevolezza del messaggio da parte dell'Autorità Garante non è un semplice elemento indiziario idoneo a far presumere l'induzione in errore del singolo consumatore, ma sarebbe esso stesso accertamento dell'esistenza del dolo quale causa di annullamento del contratto concluso in seguito alla condotta pubblicitaria illecita. Di conseguenza il giudice, piuttosto che accertare in concreto l'effettività dell'inganno perpetrato dal professionista, dichiara il principio dell'automatica efficacia del provvedimento dell'Autorità nel giudizio civile, ritenendo inutili gli accertamenti richiesti dalla legge processuale e da quella civile per motivare la decisione.

Tuttavia, il principio espresso dal Tribunale non sembra essere convincente, quantomeno sotto due profili.

In primo luogo, in quanto diverso è l'interesse giuridicamente protetto davanti all'AGCM, cioè l'interesse della collettività dei consumatori alla correttezza del messaggio promozionale, rispetto all'interesse del singolo consumatore vittima di una campagna pubblicitaria ingannevole alla rimozione degli effetti negoziali indesiderati. Tale difformità costituisce un ostacolo alla ricaduta diretta del giudizio espresso dall'Autorità sulla tutela negoziale del consumatore, a causa del principio per cui nessun giudicato può farsi valere tra situazioni giuridiche diverse.

In secondo luogo, in quanto diverso è il carattere della valutazione del messaggio promozionale quale mezzo idoneo a trarre in inganno la vittima, poiché mentre l'Autorità è chiamata a valutare tale idoneità in astratto riferendosi al consumatore medio e senza poter fare riferimento alle caratteristiche specifiche del destinatario del messaggio, il giudice ordinario è tenuto ad accertare in concreto l'idoneità del mezzo usato a trarre in errore il singolo consumatore tenendo conto delle circostanze, della personalità e delle condizioni psicofisiche del soggetto⁴⁴¹.

Quindi, l'accertamento del carattere decettivo della condotta effettuato in astratto dal Garante non è e non può essere sostitutivo del necessario analogo

⁴⁴¹ Cfr. PERUGINI S., nota a Trib. Terni, 6 luglio 2004, "*Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*", cit., p. 1839.

accertamento in concreto richiesto dall'art. 1439 c.c. per annullare un contratto poiché non può assicurare che il singolo consumatore non si sia avveduto dell'inganno oppure che se ne sia reso conto, valutando comunque convenienti le condizioni dell'affare, nonostante la condotta ingannevole di controparte⁴⁴².

Più di recente una sentenza a Sezioni Unite della Cassazione⁴⁴³, con specifico riferimento proprio al problema del risarcimento per danni conseguenti alla pubblicità ingannevole realizzatasi con l'uso della dicitura "light" sui pacchetti di sigarette, ha affermato che "l'allegazione del provvedimento inibitorio dell'Autorità Garante può tutt'al più fornire al giudice indicazioni in ordine alla natura astrattamente ingannevole della pubblicità (natura che, comunque, deve essere idoneamente provata dalla parte e sufficientemente motivata dal giudice), ma non può certamente fornire la prova dell'ingiustizia del danno, il cui onere rimane pur sempre a carico di chi sostiene che la scorrettezza del messaggio gli abbia arrecato un danno ingiusto".

⁴⁴² Cfr. ORLANDO S., *Commento agli artt. 24-26*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di Vettori, Padova, 2009, 104 ss. il quale tra le altre cose afferma che "Non può dirsi pertanto in linea generale che le p.c. aggressive comportino l'annullabilità dei contratti, così come, a mio avviso, non può dirsi di nessuna delle fattispecie generali delle p.c. scorrette che esse comportino l'annullabilità dei contratti, o la loro rescindibilità, o la loro nullità, o la loro risolubilità, o che esse legittimino il consumatore a recedere dal contratto, o che più generalmente producano l'invalidità o l'inefficacia degli atti unilaterali del consumatore con i quali il consumatore attua giuridicamente le sue decisioni di natura commerciale. È piuttosto corretto dire che un comportamento che in concreto sia qualificabile come p.c. scorretta, può, eventualmente ed in necessario concorso con altre circostanze di fatto non contemplate dalle fattispecie generali delle p.c. scorrette, ingannevoli ed aggressive, comportare uno di questi effetti alla stregua delle norme applicabili al rapporto considerato." Nello stesso senso CALVO R., *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, p. 239, il quale afferma che "(...) il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato emanato ai sensi dell'art. 27 c. cons. non si riverbera *recta via* sul singolo contratto proprio perché le competenze di tale Autorità sono orientate a proteggere gli interessi della generalità dei consumatori danneggiati dalla slealtà del professionista, laddove il giudizio individuale sottoposto allo scrutinio del magistrato ordinario ha ad oggetto la vicenda negoziale svincolata da valutazioni astratte o generalizzanti siccome correlate all'*id quod*."

⁴⁴³ Cass. S.U. 15 gennaio 2009 n. 794, in *Resp. Civ. e prev.* 4/2009, p. 800 ss. con nota di BUFFONE G., *La dicitura "light" è ingannevole: risarcibili i danni al consumatore di sigarette*.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo sembra, comunque, possibile applicare analogicamente l'art. 2600 c.c.⁴⁴⁴ e, dunque, ipotizzare un'inversione dell'onere della prova.

È infatti evidente, come sottolineato più volte in dottrina, che la disciplina in tema di pratiche commerciali presenta delle analogie con il diritto della concorrenza sleale⁴⁴⁵, e dunque appare possibile applicare al caso in esame la disciplina espressamente prevista dal legislatore per quest'ultima fattispecie⁴⁴⁶.

I problemi maggiori riguardano la dimostrazione del danno e del nesso di causalità.

A tale riguardo ci si può chiedere se il rapporto di causalità si possa desumere, ad esempio, dal solo fatto della stipulazione del contratto, non voluto o comunque voluto a condizioni diverse, da configurarsi quale diretta conseguenza della realizzazione di una pratica scorretta, addossando conseguentemente al professionista convenuto in giudizio l'onere di dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno⁴⁴⁷.

Ad esempio nell'ambito del diritto *antitrust*, tale criterio è stato seguito da due note pronunce della Cassazione⁴⁴⁸ per collegare le intese illecite intercorse tra alcune imprese, espressione a monte della loro volontà anticoncorrenziale,

⁴⁴⁴ Tale norma dettata in tema di concorrenza sleale dispone che "accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa si presume."

⁴⁴⁵ AUTERI P., *op. cit.*, p. 1 ss.; LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 27 ss.

⁴⁴⁶ MIRONE A., *op. cit.*, p. 333; TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 781; CIATTI A., *op. cit.*, p. 424, il quale afferma che "se non si vuole applicare in via analogica la presunzione di cui all'art. 2600, c. 3, c.c. ... è in ogni modo da ritenere che l'elemento psicologico finisca col coincidere nell'assoluta maggioranza dei casi con il carattere scorretto della pratica".

⁴⁴⁷ TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 782.

⁴⁴⁸ Cass. S.U. n. 2207 del 4.2.2005 in *Corriere giuridico*, 8/2005, p. 1093 ss. con nota di LIBERTINI M., e in *Danno e responsabilità*, 5/2005, p. 495 ss, con nota di INZITARI, LIBONATI; e Cass. n. 2305 del 2.2.2007 in *Foro italiano* 4/2007, p. 1097 ss. con note di PALMIERI A. e PARDOLESI R., ove si legge che laddove l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolca all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque concorso a produrlo.

ed in contratti a valle conclusi con i consumatori, contratti che sarebbero la concreta realizzazione finale di quelle collusioni.

Si tratta, però, di un indirizzo non accolto da altre decisioni di alcune Corti d'Appello⁴⁴⁹.

Con riferimento alla responsabilità degli intermediari finanziari, del resto, il Tribunale di Milano in una recente decisione ha considerato *in re ipsa* il nesso tra il comportamento omissivo e il danno⁴⁵⁰.

Con specifico riferimento alla materia che ci occupa, la citata decisione della Cassazione a Sezioni Unite, censurando la sentenza impugnata anche per aver riconosciuto il risarcimento a favore del consumatore sulla base di un mero automatismo tra fatto dannoso e danno ingiusto, ha affermato che “il consumatore che lamenti di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole ed agisca, *ex* articolo 2043 c.c., per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose”⁴⁵¹.

Per quanto concerne, infine, il danno da risarcire, quello patrimoniale è identificabile, ad esempio, nella perdita economica conseguente all'acquisto di un prodotto scorrettamente pubblicizzato o relativamente al quale sono state fornite informazioni lacunose e menzognere.

Sicuramente più complesso è l'accertamento di eventuali danni non patrimoniali, soprattutto alla luce delle conclusioni cui è pervenuta la

⁴⁴⁹ App. Napoli, 17.12.2007, n. 3555; App. Napoli, sez. I, 2.1.2008 che nello stesso senso afferma che deve obiettarsi che l'Autorità Garante, nel menzionato provvedimento, ha accertato (ritenendolo sufficiente per l'irrogazione della sanzione) solo il potenziale effetto pregiudizievole dell'intesa per il mercato, ma non ha affatto verificato, in concreto, se dalla collusione tra le compagnie assicuratrici sia derivato un ingiustificato incremento dei prezzi di polizza, né tanto meno ha determinato l'entità di tale maggiorazione; nello stesso senso, App. Catania, sez. I, 15.3.2007; App. Roma, 16.10.2006.

⁴⁵⁰ Trib. Milano, sez. VI, 14.2.2009, che richiamandosi alla pronuncia della Cassazione S.U., n. 26725 del 19.12.2007, ha affermato che il nesso tra inadempimento al divieto legale a carico dell'intermediario di compiere operazioni in difetto di informazione e successiva autorizzazione del cliente, e danno patito dal cliente deve considerarsi sussistente *in re ipsa* per il semplice fatto della violazione dell'obbligo di astensione.

⁴⁵¹ Cass. S.U. n. 794 del 15.1.2009. Si veda, altresì, per la stessa fattispecie, Cass. sez. III, n. 15131 del 4.7.2007, in *Giustizia civile* 2008, p. 716, e in *Il civilista*, 9/2009 p. 32 ss.

Cassazione a Sezioni Unite nella nota sentenza n. 26975/2008: nel danno da fumo indotto da pubblicità ingannevole la Suprema Corte nella citata sentenza del 2009 lo individua oltreché nel danno alla salute, nella lesione al “diritto all’autodeterminazione consumeristica” e nel disagio conseguente alla scoperta di essere stato indotto a tenere una condotta pericolosa.

Seguendo tale ottica adottata dalla Cassazione, si potrebbe giungere alla conclusione del riconoscimento del danno non patrimoniale anche in molti casi tipizzati dalle pratiche commerciali aggressive⁴⁵².

Tornando al problema da cui siamo partiti, ossia quello dei rimedi esperibili dai singoli consumatori, è, poi, possibile configurare una responsabilità di tipo contrattuale in capo al professionista qualora le pratiche sleali, pur essendo rivolte a una generalità di consumatori, si inseriscano all’interno del singolo rapporto contrattuale determinando un vero e proprio inadempimento di prestazioni contrattuali⁴⁵³.

In proposito, però, va rilevato che un simile comportamento costituirebbe un inadempimento di un obbligo contrattuale di per sé, a prescindere dalla sua riconducibilità al divieto di pratiche commerciali scorrette, per cui sarebbe inappropriato configurare la responsabilità contrattuale come forma di tutela contro la slealtà della pratica⁴⁵⁴.

4. I rimedi invalidativi

Finora si è detto dello strumento risarcitorio, distinguendosi sostanzialmente tra l’ipotesi in cui la condotta scorretta si inserisca nella fase

⁴⁵² TENELLA SILLANI C., *op. cit.*, p. 782.

⁴⁵³ LEONE A., “Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese”, in *Il diritto industriale* 3/2008, p. 265; BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 287, il quale osserva come questa soluzione comporti per il consumatore una serie di inconvenienti: “In primo luogo l’azione di risoluzione è soggetta a prescrizione a differenza, come è noto, dell’azione di nullità. Inoltre, la necessità di accertare in giudizio l’importanza dell’inadempimento rappresenta senz’altro un aggravamento per l’attore il quale dovrà provare, in questo caso, non soltanto l’assenza di una completa informazione ma anche l’importanza di tale omissione.”

⁴⁵⁴ MIRONE A., *op. cit.*, p. 329-330.

delle trattative contrattuali, in cui potrà affermarsi una responsabilità ex art. 1337 c.c., almeno in caso di rapporto diretto fra professionista e consumatore, e tutti gli altri casi in cui potrà affermarsi una responsabilità di natura extracontrattuale⁴⁵⁵.

Ciò non toglie che nelle fattispecie di pratiche commerciali scorrette, possano invocarsi rimedi diversi da quello risarcitorio, e precisamente i rimedi invalidanti del contratto, laddove ne ricorrano i presupposti.

Si è già detto con riferimento alla nullità per quali ragioni non sembra possibile accogliere l'idea che la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette possa per ciò solo comportare la nullità del contratto stipulato tra professionista e consumatore, e pertanto per un'analisi più approfondita del problema si rinvia a quanto detto nel secondo paragrafo del precedente capitolo.

In estrema sintesi, si è rilevato come non appaia possibile dedurre dalla mera violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, ed in particolare dell'obbligo informativo disciplinato dall'art. 22 c. cons. il rimedio della nullità del contratto conseguentemente stipulato.

E ciò non solo perché la norma violata si atteggia come norma di comportamento, volendo aderire alla tesi che distingue tra regole di validità e di condotta, ma anche perché è lo stesso legislatore che costruisce il problema come un problema di informazione funzionale alla decisione sulla convenienza dell'affare e non al suo contenuto precettivo. Il legislatore, infatti, non prescrive ciò che il contratto deve contenere a pena di nullità, ma solo ciò che il professionista deve comunicare al consumatore in modo chiaro, completo ed inequivoco.

Se ciò non avviene il consumatore, piuttosto, avrà a disposizione le azioni di cui agli artt. 1439 e 1440 del codice civile.

Quanto detto finora non esclude, tuttavia, che la nullità possa essere comminata per motivi diversi dalla violazione del divieto generale delle pratiche commerciali scorrette⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ MIRONE A., *op. cit.*, p. 329.

⁴⁵⁶ Così GRANELLI C., *Le <pratiche commerciali scorrette> tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e*

È, infatti, evidente che il contratto possa essere nullo per motivi diversi, riconducibili alle altre ipotesi di nullità disciplinate dall'art. 1418 c.c., ossia per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto, per illiceità della causa o del motivo illecito comune ad entrambe, e per mancanza nell'oggetto dei requisiti indicati dall'art. 1346 c.c., ossia possibilità, liceità e determinatezza o determinabilità, cioè tutte le volte in cui la pratica scorretta sia penetrata nel regolamento contrattuale rendendolo eventualmente nullo ai sensi dell'art. 1418, c. 2, c.c., ovvero per illiceità⁴⁵⁷.

Tale indicazione assume rilievo da un punto di vista metodologico, in quanto introduce un metodo flessibile di valutazione delle modalità attraverso le quali la pratica scorretta e il singolo contratto possono risultare “effettivamente” connessi⁴⁵⁸.

Così, è indubbia la nullità del contratto nell'ipotesi in cui il prodotto oggetto del contratto stipulato dal consumatore dovesse rivelarsi “inesistente”, ma non *ex art.* 1418, c.1, c.c. per violazione del divieto di cui all'art. 21, c.1, *lett. a)* c. cons.⁴⁵⁹, bensì *ex art.* 1418 c.2 c.c., nella misura in cui il suo oggetto dovesse risultare impossibile, fermo restando le altre conseguenze amministrative a carico del professionista: opererebbe, infatti, in tal caso la regola generale dell'art. 1346 c.c., a prescindere dal fatto che a tale contratto/oggetto impossibile il consumatore sia stato indotto da una pratica scorretta⁴⁶⁰.

Oppure nell'ipotesi in cui la vendita del prodotto fosse “illecita” il relativo contratto sarà nullo non in quanto il professionista abbia falsamente affermato o generato comunque l'impressione che detta vendita fosse lecita, ma nella misura in cui “illeciti” dovessero essere la sua causa o il suo oggetto, e dunque

Contratti, 10/2007, p. 780; MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, a cura di A. Genovese*, CEDAM, 2008, p. 265 ss; CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti* 6/2010, p. 413.

⁴⁵⁷ In tal senso ancora ⁴⁵⁷ Così GRANELLI C., *op. cit.*, p. 780 e CAMARDI C., *op. cit.*, p. 413.

⁴⁵⁸ CAMARDI C., *op. cit.*, p. 413.

⁴⁵⁹ Ai sensi dell'art. 21 c.1, *lett. a)* c. cons. è considerata ingannevole “una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero” riguardo “l'esistenza o la natura del prodotto”.

⁴⁶⁰ CAMARDI C., *op. cit.*, p. 413.

la nullità sarà riconducibile al c.2 dell'art. 1418 c.c. e non al c.1 dello stesso articolo per violazione del divieto di cui all'art. 23, c.1, lett. i), c. cons.⁴⁶¹.

Ancora nell'ipotesi in cui l'acquisto del consumatore sia frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, tanto da rendere la dichiarazione negoziale solo apparentemente a lui riferibile, il contratto sarà certamente nullo non *ex art.* 1418 c.1, c.c., perché il professionista abbia posto in essere una pratica commerciale "aggressiva" in danno del consumatore in violazione del divieto generale di cui all'art. 24 c. cons., bensì *ex art.* 1418 c.2, in quanto la pratica abbia effettivamente determinato il venir meno del "consenso" che è "requisito essenziale" del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.1, n.1, c.c.⁴⁶².

E così anche nel caso previsto dall'art. 22, c.4, *lett. a) e c)*, c. cons., la mancata indicazione delle caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso o la mancata o poco chiara indicazione del prezzo o delle modalità di calcolo dello stesso, comporterà la nullità del contratto per violazione dell'art. 1418 c.2 c.c. dovuta all'indeterminatezza dell'oggetto del contratto, qualora non sia possibile determinarlo neanche *per relationem*,⁴⁶³ nonché la nullità di protezione in base al combinato disposto degli artt. 34 c.2 e 36 del c. cons.⁴⁶⁴ per l'ipotesi in cui la determinazione dell'oggetto o del prezzo, anche se non impossibile in via oggettiva, sia comunque difficile per il consumatore⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Ai sensi dell'art. 23 c.1, lett. i) c. cons. è, infatti, considerata "in ogni caso" ingannevole la pratica commerciale consistente nell'affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita.

⁴⁶² Così GRANELLI C., *op. cit.*, p. 780-781.

⁴⁶³ Così D'AMICO G., voce "Formazione del contratto" in *Enciclopedia del diritto*, Annali II tomo 2, p. 590, il quale afferma che "talune di quelle che vengono adesso qualificate come 'informazioni rilevanti' sono, in realtà, 'elementi' in assenza dei quali il contratto (eventualmente concluso) sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1346 c.c., per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto: basti pensare all'indicazione del prezzo (o del modo per determinarlo)."

⁴⁶⁴ Art. 34 c.2, c. cons.: "La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile."

Art. 36 c.1, c. cons.: "Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto."

⁴⁶⁵ Si pensi alle ipotesi in cui la pratica scorretta consista nel configurare un certo assetto del rapporto contrattuale, particolarmente conveniente al consumatore, e nell'occultare invece altri aspetti del medesimo, assolutamente sconvenienti, e nel contratto si accertasse dunque la presenza di clausole suscettibili di considerazione in termini di vessatori età; in tal caso la

Ancora la mancata comunicazione dell'identità del professionista in violazione dell'art. 22 c. 4, *lett. b)*, c. cons. può comportare la nullità nei casi disciplinati dall'art. 52 c.3, c. cons..

E così anche la violazione dell'art. 22 c. cons., relativo alle omissioni ingannevoli, darà luogo a nullità *ex art. 67 septies decies*, c. 4., c. cons.⁴⁶⁶, o *ex art. 30, c.7*, del T.U. finanziario⁴⁶⁷, laddove ne sussistano i rispettivi estremi⁴⁶⁸.

Va poi ricordato che i rimedi efficaci per “neutralizzare l'inganno”⁴⁶⁹ non sono solo quelli di tipo invalidativo e possono essere rintracciati in norme preesistenti del codice del consumo; così ad esempio al consumatore spetterà certamente il diritto di recesso nei casi di contratti conclusi dal consumatore in seguito a visite presso la sua abitazione, e cioè della pratica aggressiva descritta dall'art. 26, c.1, c. cons., in applicazione della disciplina relativa ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali, nonché nel caso in cui il contratto sia stato concluso in seguito a sollecitazioni per telefono, via fax, etc., ossia la pratica aggressiva di cui all'art. 26, c.1, *lett. c)*, in applicazione della disciplina in materia di contratti a distanza.

Ed ancora nel caso in cui il professionista abbia posto in essere la pratica ingannevole di cui all'art. 21, c.1, *lett. b)*, ingannando il consumatore circa la “disponibilità” del prodotto e il contratto sia stato concluso a distanza, il professionista dovrà rimborsare le somme già eventualmente corrisposte, ai sensi dell'art. 54, c.2, c. cons..

Un altro rimedio da prendere in considerazione è, poi, come abbiamo visto, quello dell'annullamento del contratto.

nullità delle clausole potrebbe dichiararsi sulla base degli artt. 33-36 c. cons. e non per la mera violazione del divieto di pratiche scorrette, fermo restando anche in tal caso le conseguenze amministrative a carico del professionista. Si veda CAMARDI C., *op. cit.*, p. 413.

⁴⁶⁶ Art. 67 *septies decies*, c. 4., c. cons.: “Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.”

⁴⁶⁷ Ai sensi dell'art. 30, c. 7, del d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998: “L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente.”

⁴⁶⁸ Per gli ultimi esempi fatti si veda MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 281.

⁴⁶⁹ D'AMICO G., voce “Formazione del contratto”, *op. cit.*, p. 592.

La possibile connessione tra le pratiche scorrette e l'eventuale annullamento del contratto per vizi della volontà è evidenziata dalla nozione legislativa delle due tipologie di pratiche scorrette previste, ossia le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, essendo entrambe le fattispecie caratterizzate dall'idoneità ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Anche a tale proposito si è già parlato delle teorie avanzate in dottrina sulla possibilità di far derivare dalla violazione della normativa in oggetto conseguenze automatiche in tema di annullamento del contratto per dolo, o comunque più in generale della possibilità di rileggere le norme in tema di dolo alla luce della nuova disciplina e si è già detto anche dei dubbi suscitati da queste tesi sotto diversi profili.

In particolare non sembra potersi condividere la tesi di chi ha ravvisato nell'art. 22 c. cons. argomento a supporto dell'orientamento che individua gli elementi costitutivi dell'omissione ingannevole nella violazione dell'obbligazione informativa traente origine dalla clausola di cui all'art. 1337 c.c., a prescindere dalla sussistenza dell'intenzione di trarre in errore il soggetto passivo dell'inazione⁴⁷⁰.

Sembra, infatti, eccessivo trarre da una normativa nata per lo specifico settore delle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionista e consumatore conseguenze di carattere generale, in termini di superamento del requisito dell'intenzionalità in materia di dolo.

Si deve ricordare, infatti, che, nonostante l'apparente analogia tra i vizi del consenso e le pratiche commerciali scorrette, molteplici sono le differenze tra le due fattispecie che le rendono non pienamente sovrapponibili, con la conseguenza di ridurre la portata applicativa delle tesi che vedono nella novella uno spunto per rivedere la nozione di dolo.

⁴⁷⁰ Così CALVO R., *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, cit., p. 241, il quale aggiunge altresì che "Accettando la proposta appena tratteggiata riusciamo grossomodo a scorgere nel suddetto art. 22 i contorni della regola d'interpretazione autentica della fattispecie di dolo omissivo viziante il consenso del creditore della prestazione informativa, dato che serve ad orientare il pratico nel lavoro di traduzione in termini concreti della predetta clausola generale. Non è difatti revocabile in dubbio che tale norma semplifica il compito del giurista, proprio perché specifica – in maniera ancor più dettagliata rispetto a quanto statuito nell'art. 1759, comma 1°, c.c. – il contenuto della prestazione informativa, la cui omissione viola l'art. 1337 c.c."

Innanzitutto, le pratiche commerciali scorrette sono fattispecie neutre sotto il profilo soggettivo in quanto non è fatto alcun riferimento all'intenzionalità dell'inganno né tantomeno alla necessità che l'induzione in errore sia realizzata attraverso "raggiri usati da un contraente".

Infatti l'art. 20, comma 2, del codice del consumo, contempla oggi fra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata la sola contrarietà alla diligenza professionale, senza riferimento alcuno né al dolo né alla colpa grave; allo stesso modo anche in tema di omissioni ingannevoli si reputa sufficiente la reticenza colposa o involontaria.

E del resto ciò appare una naturale conseguenza del contesto in cui tali pratiche operano, non trattandosi di un rapporto individuale e diretto con un consumatore ma di "tecniche comunicative" riferite alla massa o a categorie astratte di consumatori o destinatari, rispetto ai quali sarebbe addirittura improprio parlare di "raggiro" nello stesso senso in cui ne parla il codice civile.

Allo stesso modo, non è possibile individuare lo scopo perseguito mediante le pratiche scorrette usando la categoria della "intenzionalità" o della "colposità", poiché dette pratiche sono anonime tecniche di comunicazione di massa, in quanto tali né dolose né colpose, certamente non suscettibili di essere qualificate con le categorie che il codice usa per i rapporti individuali⁴⁷¹.

Il legislatore comunitario, dunque, ha introdotto rimedi di tutela dei consumatori collettivamente considerati più incisivi rispetto a quelli tradizionali, per l'applicazione dei quali non è richiesta l'intenzionalità dell'agente, proprio in ragione del particolare contesto in cui la normativa si inserisce.

Il divieto delle pratiche commerciali scorrette è costruito, infatti, come regola del mercato, la cui violazione determina quelle conseguenze "amministrative" o "pubblicistiche" che possono scaturire dall'attivazione del procedimento di verifica da parte dell'Autorità *antitrust*.

⁴⁷¹ CAMARDI C., *op. cit.*, p. 414.

In secondo luogo, sotto il profilo “oggettivo”, quello dei contenuti della pratica commerciale, basta scorrere le ipotesi di azioni ingannevoli indicate dall’art. 21 per capire che solo in alcuni casi l’ingannevolezza è riferita ad elementi che riguardano senz’altro il contenuto del contratto con il consumatore (l’oggetto, le sue caratteristiche, gli impegni e di diritti reciproci), con ciò manifestandosi un’analogia con la visione entro la quale il codice civile assegna rilevanza al dolo, quale condotta con la quale un contraente comunque utilizza raggiri ed inganni “per provocare un errore” dell’altro contraente “in ordine al” contratto: cioè in ordine ai presupposti, agli elementi essenziali, agli effetti ed anche ai “motivi” del contratto.

In tutte le altre ipotesi, invece, l’ingannevolezza è riferita a circostanze esterne al contratto, relative piuttosto alla posizione che il professionista ha acquisito sul mercato, al “credito” che si è procurato, e non invece al regolamento contrattuale in quanto tale, né alla identità del professionista in senso stretto, ma semmai, piuttosto genericamente, alla sua immagine.

Perciò, non sembra possibile affermare con certezza che il raggiri o il mendacio su tali ultime circostanze possa rilevare ai sensi degli artt. 1439-1440 c.c., in quanto il contesto con riferimento al quale è costruita la fattispecie codicistica del dolo, ossia il rapporto individuale e diretto fra parti poste sullo stesso piano, è ben diverso da quello delle pratiche commerciali scorrette⁴⁷².

Dunque, la nuova normativa attribuisce in molti casi rilevanza a condotte del professionista che difficilmente troverebbero collocazione nell’ambito della disciplina codicistica del dolo. Proprio per tale motivo non si ritiene di poter attribuire senz’altro alla novella una valenza generale, ossia la forza di incidere sulla nozione di dolo ampliandone l’area di operatività al di là delle ipotesi tradizionalmente considerate.

Ciò non toglie che la nuova disciplina possa avere una portata innovativa con specifico riferimento al problema del dolo omissivo.

La disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, infatti, con la previsione dell’art. 22, c. cons., ha dato espresso rilievo al dolo omissivo,

⁴⁷² CAMARDI C., *op. cit.*, p. 414.

disponendo che si considera ingannevole la pratica omissiva consistente sia nell'omettere le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno, sia nell'occultarle o presentarle in modo oscuro, incomprensibile o ambiguo.

In tal modo, da un lato si amplia l'ambito delle condotte ingannevoli a pratiche la cui rilevanza civilistica agli effetti dell'annullamento non è assoluta né condivisa, e dall'altro si assumono nella valutazione di ingannevolezza comportamenti potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione di vessatorietà *ex art. 34 c. cons.*.

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 22, c. 2 e 4, lett. c, e del successivo art. 34 c. cons., infatti, l'oscurità del prezzo può considerarsi sia una pratica scorretta, verosimilmente nel caso in cui essa sia posta in essere a livello di comunicazione commerciale, e quindi, in fase di trattative, sia una clausola vessatoria, nel caso in cui la pratica sia poi penetrata nel regolamento contrattuale.

La normativa, perciò, è intervenuta su una questione molto controversa in dottrina, quella relativa alla rilevanza della "mera reticenza" ai fini del dolo⁴⁷³.

Il problema della rilevanza della reticenza aveva originato un intenso dibattito dottrinale già sotto il codice civile del 1865.

Alcuni autori ammettevano la figura del "dolo per reticenza" o ritenendo sussistente la reticenza "dolosa" nel caso in cui la buona fede impegnava i contraenti a non tacere⁴⁷⁴, o, più frequentemente, considerandola rilevante qualora il silenzio avesse riguardato una circostanza che per legge o secondo gli usi del commercio o per la natura del negozio si era obbligati a rivelare all'altra parte⁴⁷⁵.

La tesi prevalente, tuttavia, era nel senso che i casi in cui il legislatore aveva dato espressa rilevanza alla reticenza non consentivano di risolvere in

⁴⁷³ Per un approfondimento in generale dell'argomento si veda D'AMICO G., *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 47 ss.

⁴⁷⁴ Tale era l'opinione di CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1925, p. 8.

⁴⁷⁵ Così, tra gli altri, COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 392.

positivo il problema più generale se la reticenza potesse senz'altro essere considerata un'ipotesi di dolo⁴⁷⁶.

Inoltre, e questo era l'aspetto più interessante della critica all'ammissibilità del dolo negativo, o reticenza dolosa, tale dottrina negava l'esistenza di un preteso obbligo generale di informazione discendente dalla buona fede quale fondamento della figura in esame.

L'ostacolo principale all'ammissibilità di un tale obbligo generale di informazione veniva individuato, in particolare, nella difficoltà di determinarne il limite, limite pur tuttavia "assolutamente necessario, per le esigenze della vita economica e giuridica"⁴⁷⁷.

Ciò premesso, l'espressa previsione nel codice civile del 1942 della responsabilità precontrattuale (artt. 1337, 1338 c.c.) costituirebbe, secondo un'autorevole dottrina, l'elemento decisivo per riconoscere oggi la rilevanza del dolo negativo come causa di annullamento del contratto⁴⁷⁸.

L'art. 1337 c.c. sarebbe, infatti, fonte primaria di un "obbligo generale di informazione" la cui violazione non si porrebbe soltanto come fonte di responsabilità precontrattuale, ma potrebbe anche costituire causa di annullamento del contratto.

Né in contrario potrebbe opporsi il principio di non interferenza tra regole di validità e norme sul risarcimento del danno. Infatti, almeno con riferimento al dolo, la storia dell'istituto indurrebbe a ritenere non operante il principio in questione.

In proposito viene osservato che "La normativa sul dolo nasce (...) allo scopo di sanzionare un comportamento illecito e anche quando questo entra nella categoria tecnica dei vizi del consenso (...) si porta dietro con sé la

⁴⁷⁶ TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 526 ss. e p. 532 ss..

⁴⁷⁷ A tal proposito anche VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 93, riconosce che il problema del limite della rilevanza della reticenza è "quanto mai pressante ... perché ognuno avverte che non ad ogni reticenza si può riconoscere questa efficacia [*id est*: l'annullamento del contratto] a pena di causare un eccessivo turbamento nel mondo del commercio e di paralizzare le contrattazioni".

⁴⁷⁸ Così VISINTINI G., *op. cit.*, p. 94 ss.

disciplina che si ispirava alle regole romane e cioè alla valutazione del dolo come delitto da reprimere”⁴⁷⁹.

Del resto la commistione tra norme sul risarcimento del danno e norme sulla validità è “appariscnte” nell’art. 1440 c.c.: e se, “come è opinione comune, il dolo determinante e quello incidente non si distinguono in base alla natura o intensità dell’inganno, ma soltanto per il diverso grado di incidenza del regolamento degli interessi dei contraenti”, allora “risulta chiaro che l’art. 1440 fa una valutazione non dell’illecito, ma dell’evento dannoso causato dall’inganno”.

Per cui l’unica differenza tra l’ipotesi di cui all’art. 1439 c.c. e quella di cui all’art. 1440 c.c., starebbe nel fatto che in questo secondo caso il risarcimento del danno appare “mezzo sufficiente a sanare la situazione”, mentre “nel caso di dolo determinante il pregiudizio è maggiore e comporta come unico rimedio possibile l’eliminazione del contratto con l’annullamento”; ma “il fatto turbativo, cioè l’inganno, in entrambi i casi ha la stessa natura sia quando è causa di annullamento che di risarcimento del danno”⁴⁸⁰.

Tale tesi, però, non è condivisa dalla dottrina prevalente la quale continua a confermare la validità della distinzione dei piani su cui operano rispettivamente le regole di validità e le regole risarcitorie.

In particolare si obietta da parte di altra dottrina che, pur essendo indubbio che a fondamento della disciplina del dolo vi sia anche l’esigenza di reprimere un tipico comportamento precontrattuale “scorretto”, altrettanto evidente sarebbe che, una volta ricompreso il dolo nella categoria tecnica dei vizi del consenso, come ha certamente fatto il nostro legislatore, il dato qualificante della figura sarebbe quello della alterazione del volere, per cui “l’*eventus damni*” che la normativa sul dolo mira specificamente a reprimere sarebbe proprio il raggio.

Perciò non si potrebbe condividere la tesi che configura l’annullamento come un mezzo di risarcimento in forma specifica del danno subito dal contraente vittima del dolo, in quanto essa si ricollegerebbe all’idea che

⁴⁷⁹ VISINTINI G., *op. cit.*, p. 115.

⁴⁸⁰ Così VISINTINI G., *op. cit.*, p. 118.

l'annullamento costituisca reazione/rimedio non tanto al vizio della volontà in sé considerato, quanto piuttosto al pregiudizio/lesione dell'interesse economico della parte turbata⁴⁸¹.

Tale conclusione sarebbe inaccettabile per la considerazione che il legislatore non sembra subordinare l'operatività del rimedio invalidatorio alla sussistenza di un concreto pregiudizio economico⁴⁸².

Infine, la pretesa rilevanza di tale "pregiudizio" ai fini dell'annullabilità del contratto, non potrebbe neanche ricavarsi, come vorrebbe la dottrina criticata, dalla riduzione della differenza tra dolo determinante e dolo incidente al "diverso grado di incidenza del raggiro nel regolamento degli interessi dei contraenti", e in particolare da una "maggiore gravità" del pregiudizio che conseguirebbe al dolo determinante e che solo per questo comporterebbe "come unico rimedio possibile l'eliminazione del contratto con l'annullamento"⁴⁸³.

Infatti, in senso contrario si osserva come dagli artt. 1439 e 1440 c.c. non si desumerebbe affatto che la differenza tra dolo determinante e dolo incidente riguardi l'*entità del pregiudizio*, e che dunque l'annullamento, previsto nel primo caso, e il risarcimento, previsto nel secondo caso, siano entrambi rimedi, sia pure diversi, per riparare al medesimo fatto, il pregiudizio, ma si dedurrebbe piuttosto che tale differenza attiene all'*efficienza causale* del

⁴⁸¹ Dell'annullamento per vizi della volontà come forma di reintegrazione specifica del danno parla anche altra parte della dottrina, che però si riferisce al "danno", per così dire, *giuridico* consistente nella "lesione attraverso la violenza o il dolo dell'interesse alla libera determinazione della volontà negoziale" e nella conseguente creazione di un vincolo giuridico che la parte non avrebbe altrimenti assunto. Così DE CUPIS A., "*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*", Milano, 1979, p. 310 ss., e nello stesso senso, sostanzialmente, TURCO C., "*Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*", Milano, 1990, p. 585-586, che parla di una "sostanziale funzione anche risarcitoria dell'annullamento", che troverebbe conferma nella circostanza che la rimozione dell'atto travolge anche le conseguenze economiche pregiudizievoli derivanti dall'assetto di interessi sfavorevole per la parte lesa derivante dal contratto "viziato". Viceversa nel senso dell'opportunità di non attribuire funzione "risarcitoria" a quelle che sono invece più propriamente "obbligazioni *restitutorie*" conseguenti alla dichiarata invalidità del contratto, si veda in generale DI MAJO A., "*Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*", in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1994, p. 291 ss.

⁴⁸² Così D'AMICO G., "*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*", *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸³ Così VISINTINI G., *op. cit.*, p. 118.

raggiro, e ciò indipendentemente dall'entità del pregiudizio economico che nell'una ovvero nell'altra ipotesi il *deceptus* possa venire a subire⁴⁸⁴.

In conclusione, secondo tale orientamento, risulterebbe confermata la distinzione tra regole di validità e regole risarcitorie, per cui, se anche fosse vero che la mera reticenza origina una forma di responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede ex art. 1337 c.c., ciò non varrebbe a farne ritenere la possibile rilevanza anche sul terreno della validità dell'atto.

Ancora, alla conclusione della reticenza come causa di annullabilità del contratto giunge anche altra autorevole dottrina mediante una via diversa, consistente nel dilatare al massimo la figura del dolo, come disciplinata negli artt. 1439 ss. c.c.⁴⁸⁵.

Tale ampliamento della nozione di dolo riguarderebbe sia l'elemento "soggettivo" che quello "oggettivo" del dolo-vizio, e cioè il raggio.

In particolare, con riferimento al profilo soggettivo, tale tesi contesta che sia necessario il requisito dell'intenzionalità del raggio, in quanto quest'ultimo costituisce un fatto "ingiusto" ai sensi dell'art. 2043 c.c., dunque ad essere intrinsecamente ingiusto è l'inganno in sé, senza che occorra, per rendere quest'ultimo meritevole di tutela, l'intenzione perversa⁴⁸⁶.

Detta tesi contesta, inoltre, che sotto il profilo oggettivo il raggio si identifichi con "peculiarità forme tipiche di condotta" o con tipi di condotta caratterizzati da peculiari elementi intrinseci.

Argomento decisivo per mettere in dubbio la "tipicità" della condotta dolosa è tratto dal dovere di correttezza, in quanto si osserva che se in base all'art. 1337 c.c. le parti hanno l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede, non si vede la possibilità di zone neutre in cui la buona fede sia di già violata, l'inganno sussista e tuttavia si sia fuori dal raggio, nonché dalla soggezione alla relativa sanzione⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Così D'AMICO G., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸⁵ SACCO R., *Il contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 554 ss.

⁴⁸⁶ SACCO R., voce *Raggio*, in *Dig. IV, Disc. Priv. Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 253.

⁴⁸⁷ SACCO R., voce *Raggio*, *cit.*, p. 253.

Il mendacio, dunque, analogamente ad ogni altro comportamento volto all'inganno, sarà quindi di regola antigiuridico, in quanto contrario alla buona fede.

La contrarietà alla buona fede, praticamente, dipenderà dall'oggetto del mendacio.

Dunque, qualsiasi comportamento umano, il quale induca altri in errore, può costituire l'elemento oggettivo del raggiro, purché l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere. Solo in questa antidoverosità del comportamento menzognero sarebbe ravvisabile la tipicità della condotta di cui all'art. 1439 c.c.⁴⁸⁸.

In definitiva, la rilevanza della reticenza, secondo la tesi in esame, dipende dall'esistenza di un obbligo di informare la parte in errore, che si ricava dall'art. 1337 c.c., in quanto, una volta imposto da detto articolo l'obbligo di informare la controparte, tale obbligo vale a rendere rilevante il nesso causale fra l'omissione del contraente che ha taciuto e la falsa rappresentazione della controparte. Il contratto allora è invalido perché il consenso dell'errante è viziato dal dolo, e non perché sussista una semplice violazione della regola di buona fede.

Anche con riferimento a tale tesi altra dottrina critica la conclusione di desumere direttamente dalla violazione della regola di correttezza conseguenze sul terreno della validità, in contrasto con il principio di non interferenza tra le due serie di norme⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ SACCO R., *Il contratto*, cit., p. 555-556.

⁴⁸⁹ Così D'AMICO G., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 57. In particolare l'Autore osserva che il ragionamento riportato suscita una fondamentale perplessità essendo possibile prospettare "l'obiezione secondo cui l'art. 1337 riguarda un problema di responsabilità, e non un problema di validità del contratto". La tesi contestata ritiene di poter superare il problema osservando che "Una volta imposto dall'art. 1337 l'obbligo di informare la controparte, tale obbligo vale a rendere rilevante il nesso causale fra l'omissione del contraente che ha taciuto e la falsa rappresentazione della controparte. Il contratto è allora invalido perché il consenso dell'errante è viziato dal dolo, e non perché sussista una semplice violazione della regola di buona fede." (Così SACCO R., *Il contratto*, cit., p. 563.) Ma tale argomento non convince chi pone l'obiezione (D'AMICO G., cit.). Il punto centrale sarebbe nel passaggio secondo il quale l'esistenza dell'obbligo di informazione renderebbe rilevante "il nesso causale tra l'omissione del contraente che ha taciuto e la falsa rappresentazione della controparte", in quanto si obietta che se la sussistenza dell'obbligo di informazione può essere affermata, secondo l'assunto che si intende contestare, sulla base di una valutazione di buona fede, si dovrebbe almeno riconoscere che non si può pervenire in proposito alla formulazione di un "regola di condotta" fissa e astratta (ad es.,

Nonostante l'esistenza dei citati orientamenti in dottrina, l'opinione ancora oggi prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, continua a negare rilevanza, sul terreno della validità dell'atto, alla *mera reticenza*, ossia al "contegno di completa astensione dall'agire, un silenzio e basta"⁴⁹⁰, sostenendo che la reticenza possa essere causa di annullabilità del contratto per dolo solo quando ad essa si accompagnino altri comportamenti che appaiano rivolti a trarre in inganno la controparte, e che "colorino" in tal senso anche il "silenzio" del contraente.

Il principio è spesso ripetuto nelle massime giurisprudenziali⁴⁹¹, e può anche desumersi da un'attenta ricostruzione dei fatti di causa e dell'effettiva *ratio decidendi* di molte decisioni, per cui anche pronunce che sembrerebbero apparentemente affermare la rilevanza di una mera reticenza, a ben vedere

rispetto alla determinazione di ciò che deve formare "oggetto" di informazione), e che la valutazione dovrà necessariamente essere fatta *caso per caso*, in base alle circostanze concrete. Ma, ammesso ciò, risulterebbe evidente che non può essere la buona fede medesima la fonte di un "diritto", la cui esistenza o c'è (sempre) o non c'è, mentre se essa dipendesse dal criterio della buona fede dovrebbe ora affermarsi ora negarsi a seconda delle circostanze del caso concreto. Dall'altro lato, se invece si potesse ritenere che l'obbligo di informazione discenda dalla buona fede in sé considerata, e quindi che esso esista già prima e indipendentemente da una valutazione in concreto del singolo caso, si dovrebbe concludere che il nesso di causalità c'è sempre, purché si dimostri l'errore e la sua efficacia determinante del consenso, e dunque *anche in caso di reticenza meramente "colposa"*, perché non si vede quale diversa incidenza su di esso possa mai avere la circostanza che il contraente sia stato reticente colposamente o con dolo. La dottrina che si intende criticare rifiuta questa conclusione estrema, affermando che non può estendersi all'area del dolo omissivo il principio della rilevanza anche del raggirio (meramente) "colposo", che invece lo stesso A. ritiene decisamente doversi ormai affermare in generale rispetto al dolo (positivo), abbandonando l'opinione tradizionale che continua a richiedere sul piano soggettivo il requisito della "intenzionalità", così cadendo in grave contraddizione con se medesima. Dunque, se si vuole respingere, senza cadere in contraddizioni, la conseguenza palesemente eccessiva sopra indicata, non rimarrebbe che riconoscere che la sussistenza del nesso di causalità *non dipende dall'esistenza del (preteso) obbligo di informazione* e dalla sua violazione, ma da un qualche *ulteriore elemento* che attribuisca in concreto efficienza "causale" al "silenzio" del contraente. Così, perciò, risulterebbe dimostrato ancora una volta che la semplice affermazione dell'esistenza di un dovere precontrattuale di informazione, ammesso pure che possa considerarsi esatta, non basterebbe a dimostrare la diretta rilevanza della violazione di tale dovere anche sul terreno della validità dell'atto. (Così D'AMICO G., *op. cit.*, p. 60-61).

⁴⁹⁰ Così TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 530.

⁴⁹¹ Cassazione civ., Sez. II, 2 marzo 2006, n. 9253, in cui si afferma che "Il dolo omissivo costituisce causa di annullamento del contratto soltanto se l'inerzia della parte contraente si inserisce in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito. Ne consegue che il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non imputando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto." Nello stesso senso si vedano, fra le altre, anche Cass. 19.9.2006, n. 20260 in *Responsabilità civile e previdenza*, 10/2007; Cassazione civ., Sez. II, 15 marzo 2005, n. 5549.

risolvono casi in cui il “silenzio” del contraente era accompagnato da altri fatti ‘positivi’, per cui è dalla valutazione di questo “complessivo contegno” (*machinatio*) che scaturisce il riconoscimento dell’esistenza di un dolo invalidante⁴⁹².

Premesso questo breve *excursus* su quella che è la posizione di dottrina e giurisprudenza sul dolo omissivo, e tenuto conto del fatto che la novella in tema di pratiche commerciali scorrette ha dato espresso rilievo al dolo omissivo quale fattispecie ingannevole, bisogna chiedersi se l’ambito di applicazione dell’art. 22 c. cons. debba essere circoscritto alla tutela superindividuale del consumatore, oppure possa ritenersi che esso incida anche sulla disciplina di diritto comune in tema di vizio del consenso provocato dall’omissione ingannevole perpetrata dalla slealtà del professionista.

E, fermo restando che non sembra che la nuova legge possa incidere sotto il profilo del superamento del requisito dell’intenzionalità nella disciplina del dolo, appare invece corretto ritenere che essa possa produrre conseguenze sul piano dell’interpretazione della disciplina civilistica in tema di dolo omissivo, tenendo conto anche delle perplessità già sollevate da parte della dottrina con riferimento a tale fattispecie.

In particolare, appare corretto ritenere che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette consenta, laddove ne risultino integrati gli estremi, di attribuire rilevanza, ai fini del dolo anche al mero mendacio⁴⁹³.

Sembra, infatti, che il legislatore abbia aderito, con specifico riferimento alle pratiche ingannevoli, alla tesi che dà rilievo al dolo omissivo, prendendo atto dell’esistenza dell’assoluta asimmetria informativa che caratterizza i contratti del consumatore⁴⁹⁴.

⁴⁹² Cfr. ad es. Cass. 12 gennaio 1991, n. 257; Cass. 11 maggio 1977, n. 248; Cass. 24 luglio 1976, n. 2961, n. 264.

⁴⁹³ Così MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 487; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 776 ss.; NUZZO M., “Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?” in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 241.

⁴⁹⁴ Così MAUGERI M.R., *ult. op. cit.*, p. 487.

Resta, inoltre, ferma più in generale, con riferimento a tutte le pratiche scorrette, la possibilità per i consumatori *uti singuli* di invocare la normativa in tema di annullamento del contratto laddove ne risultino integrati i presupposti.

Il giudice ordinario, cioè, potrà intervenire soltanto se e quando il singolo consumatore avrà dimostrato, a seguito di una pratica commerciale qualificabile come comportamento “violento” o “doloso”, l’effettiva e non potenziale distorsione del “suo” consenso e della “sua” determinazione ad un contratto che non avrebbe “altrimenti” concluso.

Non basterebbe, infatti, provare che la pratica è idonea ad ingannare un consumatore medio, ma occorre dimostrare che ha ingannato “quel” consumatore, e che l’inganno sia stato determinante del “suo consenso”⁴⁹⁵.

Tuttavia sembra lecito sostenere che la nuova disciplina possa incidere sulla normativa in tema di dolo nel senso che qualora la pratica commerciale scorretta abbia in concreto inciso sulla volontà del contraente e questi intenda agire per l’annullamento del contratto si possa avvalere di un’inversione dell’onere della prova in quanto si può presumere l’astratta idoneità del comportamento a falsare la prospettiva del *deceptus*⁴⁹⁶.

In sostanza sembra potersi condividere la tesi di chi ritiene che la nuova legge abbia operato, con riferimento al rapporto tra professionista e consumatore, una nuova ripartizione degli oneri di diligenza, per cui la circostanza che la condotta del professionista costituisca una pratica commerciale ingannevole, sia con riferimento al mendacio che con riferimento all’omissione, consentirebbe al *deceptus* di non dover dimostrare di essere in presenza di un “raggiro” giuridicamente rilevante, fermo restando, invece, come si è detto la necessità di provare che la pratica scorretta abbia inciso sulla volontà del contraente.

Va, infine, ricordato che alcune pratiche scorrette possono essere poste in essere dal produttore, che è persona normalmente diversa dal venditore, e,

⁴⁹⁵ In tal senso per tutti: CAMARDI C., *op.cit.*, p. 415; ORLANDO S., *Commento agli artt. 24-26*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, p. 105; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 782.

⁴⁹⁶ Così MAUGERI M.R., *ult. op. cit.*, p. 487.

pertanto, si potrà dichiarare annullabile il contratto solo in quanto tali pratiche siano note al contraente che ne ha tratto vantaggio.

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE Giuseppe B., *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in A.A.V.V., *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC directive 2005/29*, Oxford, 2007, a cura di WEATHERILL Stephen and BERNITZ Ulf.

ANGELINI Roberta, in *Codice del consumo sub art. 18*, II edizione a cura di Cuffaro V., Giuffrè, Milano, ed. 2008.

AUTERI Paolo, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?* In *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Cedam, Padova, 2008.

AUTERI Paolo, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, CEDAM, Padova, 2008.

BARGELLI Elena, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in BARGELLI, CALVO, CIATTI, DE CRISTOFARO, DI NELLA, DI RAIMO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, 2008.

BARGELLI Elena, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di "pratica commerciale"*, in A.A.V.V., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, 2007.

BARTOLOMUCCI Pierfrancesco, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008.

BARTOLOMUCCI Pierfrancesco, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa* 2007.

BARTOLOMUCCI Pierfrancesco, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

BASTIANON Stefano, *Tutela Risarcitoria Antitrust, Nesso Causale e danni "Lungolatenti"*, in *Corriere giuridico*, 2007.

BATTELLI Ettore, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

- BENATTI Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.
- BETTI Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BIANCA Massimo C., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.
- BIGLIAZZI GERI Lina, *Buona fede nel diritto civile*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. civ.*, Torino 1988.
- BORTONE Pierpaolo, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.
- BRUZZONE Ginevra, BOCCACCIO Marco, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Atti del Convegno AGCM- Luiss - Università degli Studi Roma Tre.
- BUFFONE Giuseppe, *La dicitura "light" è ingannevole: risarcibili i danni al consumatore di sigarette*, in *Responsabilità civile e previdenza* 4/ 2009.
- BUSNELLI Francesco D., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.
- CALVO Roberto, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1/2007.
- CALVO Roberto, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino, 2008.
- CAMARDI Carmelita, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 6/2010.
- CARUSO Maria Adalgisa, *Le pratiche commerciali aggressive*, Padova, 2010.
- CASTRONOVO Carlo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006.
- CHIRONI Giampietro, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1925.
- CIATTI Alessandro, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008.

CIMINO Antonio, *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, tomo I, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio.

COSTA Andrea, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà* in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

COVIELLO Nicola, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929.

DALLE VEDOVE Giampaolo, in A.A.V.V. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Padova, 2008.

D'AMICO Giovanni, voce "Formazione del contratto" in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, tomo 2.

D'AMICO Giovanni, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.

D'AMICO Giovanni, *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi 2*, Trattato del contratto a cura di Roppo.

DE CRISTOFARO Giovanni, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 19, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Cedam, 2010.

DE CRISTOFARO Giovanni, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1/2007.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 11/2007.

DE CRISTOFARO Giovanni, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007.

DE CRISTOFARO Giovanni, *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, 2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in A.A.V.V. *Pratiche commerciali*

scorrette e codice del consumo, a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Il “cantiere aperto” codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium iuris*, 3/2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, 2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO Giovanni, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e diritto italiano* a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007

DE CRISTOFARO Giovanni, *La direttiva n. 05/29/CE e l’armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, nota di commento a *Corte giust. CE, 23.4.2009, cause C-261/07 e C-299/07*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009.

DE CRISTOFARO Giovanni, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010.

DE CUPIS Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979.

DE FRANCESCHI Alberto, in *Commentario breve al diritto dei consumatori, sub art. 24*, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Padova, 2010.

DI CATALDO Vincenzo, *Conclusioni*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Cedam, Padova, 2008.

DI MAJO Adolfo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano.

DI MAJO Adolfo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista critica dir. Priv.*, 2/1984.

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

DI NELLA Luca, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1/2007.

DI NELLA Luca, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino, 2007.

DI NELLA Luca, *Le pratiche commerciali “aggressive”* in A.A.V.V., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2008.

DI NELLA Luca, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in A.A.V.V. *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, a cura di Cavazzoni G., Di Nella L., Mezzasoma L. e Rizzo V.

DONA Massimiliano, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti*, nel *Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008.

FABBIO Philipp, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

FEBBRAJO Tommaso, *Violazione dei doveri precontrattuali di informazione e tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive* a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e V. Rizzo, Napoli, 2008.

FEBBRAJO Tommaso, *L’informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006.

FIORENTINO Luigi, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e contratti*, 3/2011.

FRIGNANI Aldo, *Pratiche commerciali scorrette ed assicurazioni*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 3/2010.

GALGANO Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1/1985.

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

GENOVESE Anna, *L’enforcement e le tutele*, in A.A.V.V. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Cedam, Padova, 2008.

GENTILI Aurelio, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I contratti*, 2/2006.

GENTILI Aurelio, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 4/2008.

GENTILI Aurelio, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2004.

GIGLIOTTI Fulvio, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2002.

GIUGGIOLI Pier Filippo, MARTINELLO Paolo, PUTTI Pietro Maria, SACCOMANI Alessandro, VIGNOLO Valeria, *Le vendite di beni e servizi*, in *I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, tomo II, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio.

GRANELLI Carlo, *Le <pratiche commerciali scorrette> tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10/2007.

GRISI Giuseppe, *Gli obblighi di informazione*, in A.A.V.V., *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, 2002.

GUERINONI Ezio, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007.

GUERINONI Ezio, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, 2010.

INCARDONA Rossella, *La direttiva n.2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto Comunitario*, 2006.

IRTI Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003.

JANNARELLI Antonio, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, in *L'attività e il contratto*- Trattato di diritto privato europeo a cura di Lipari Nicolò.

LA ROCCA Laura, *sub art. 24-25 in Codice del consumo*, II edizione, a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, 2008.

LEONE Arturo, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale*, 3/2008.

LIBERTINI Mario, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere giuridico*, 8/2005.

LIBERTINI Mario, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e responsabilità*, 3/2005.

LIBERTINI Mario, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commentata*, 5/2009 - Parte seconda.

LIBERTINI Mario, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009.

LIBERTINI Mario, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Padova, 2008.

LUCCHESI Francesca, *Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità, Commento agli artt. 20-23*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009.

MAGNO Maria Letizia, in *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

MANCINI Antonio, *Omissioni ingannevoli sub art. 22, commi 1 e 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009.

MANTOVANI Manuela, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MAUGERI Maria Rosaria, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A.A.V.V., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Padova, 2008.

MAUGERI Maria Rosaria, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009.

MAZZINI Francesco, *L'ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell'intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite in Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2008.

MELI Vincenzo, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008.

MELI Vincenzo, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di Anna Genovese, Cedam, Padova, 2008.

MENGONI Luigi, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II.

MINERVINI Enrico, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

MIRONE Aurelio, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008.

NATOLI Ugo, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, p. 26 ss., Milano, 1974, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu A. e Messineo F.

NUZZO Mario, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

ORLANDO Salvatore, *Commento agli artt. 24-26*, in *Codice del Consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009.

PARDOLESI Roberto, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, 4/2007.

PARROTTA Domenico, *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida al diritto*, 39/2007.

PARTISANI Renato, *Le azioni ingannevoli*, in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da Franzoni M., Utet giuridica, Torino, 2008, *sub art.* 21.

PARTISANI Renato, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. Civ. prev.*, 2/2008.

PARTISANI Renato, in *Codice ipertestuale del consumo* diretto da Franzoni M., Utet giuridica, 2008, *sub art.* 18.

PATTI Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, 2° edizione, Giappichelli, Torino, 2003.

PERLINGIERI Pietro, *L'informazione e il contratto* in ID., *Il contratto tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

PERUGINI Sara, nota a Trib. Terni, 6 luglio 2004, *Pubblicità ingannevole e annullamento del contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2005.

PIAZZA Carlo, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. Informazione e informativa*, 1/2008.

PICA Tiziana, *Azioni ingannevoli sub art. 21*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009.

PIRAINO Fabrizio, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4/2010.

POLIMENO Laura, nota a Pretura di Bologna 8 aprile 1997, “*I raggiri ex art. 1439,c.1,c.c.:sviluppi e contrasti giurisprudenziali alla luce delle decisioni dell’Autorità garante*”, in *Giustizia Civile*, 1998.

RABITTI Maddalena, *sub art. 20, Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009.

Relazione illustrativa della “Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, in COM (2003) 356 def.

RICCIUTO Vincenzo, *Commento sub art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, p. 128 ss.

RODOTÀ Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

ROPPO Vincenzo, *Il contratto*, Milano, 2001, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti.

ROPPO Vincenzo - AFFERNI Giorgio, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale in Danno e responsabilità* 1/2006, p. 29 ss., nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 .

ROSSI CARLEO Liliana, *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, in *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi (a cura di) G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro e U. Perfetti*, Napoli, 2010.

ROSSI CARLEO Liliana, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007.

ROSSI CARLEO Liliana, *Il diritto all’informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Rivista di diritto privato*, 2004.

ROSSI CARLEO Liliana, *sub art. 4*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005.

ROSSI CARLEO Liliana, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3/2010.

ROSSI CARLEO Liliana, *Definizioni, sub art. 18, comma 1, lett. e)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009.

SACCO Rodolfo, voce *Raggiro*, in *Dig. IV, Disc. Priv. Sez. civ*, XVI, Torino, 1997.

SACCO Rodolfo, *Il contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.

SACCOMANI Alessandro *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in A.A.V.V., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 141 ss.

SACCOMANI Alessandro, *Commento agli artt. 18 – 26 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005*, in Alpa G. e Zatti P. (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile – Leggi Complementari*, Tomo III, Padova, 2009.

SALANITRO Ugo, nota a Cass. civ. S.U. 26724/2007, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in NGCC, 2008.

SALANITRO Ugo, nota a Cass. civ. ord. 3683/2007, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in NGCC 2007 p. 999 ss.

SCOGNAMIGLIO Renato., *Dei requisiti del contratto, sub. art. 1337* in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1970.

SPADARO Giuseppe, nota a Trib. Milano 28 maggio 2005, *“Violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario disciplina dei vizi del consenso: note a margine di una (discutibile) pronuncia di merito”*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 4/2007.

SOLINAS Carla., *sub art. 24* in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009.

SOLINAS Carla., *sub art. 25 in Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009.

STAZI Andrea, *Pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive*, in *Diritto e pratica delle società*, 5/2010.

TADDEI ELMI Giovanni, *sub art. 27-27 quater in Codice del consumo – Aggiornamento*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009.

TENELLA SILLANI Chiara, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 10/2009.

TRABUCCHI Alberto, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

TRABUCCHI Alberto, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Novissimo dig. It.*

TRIMARCHI Pietro, “*Illecito*”, in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970.

TRIPODI Enzo M. - BATTELLI Ettore, *Commento agli artt. 18-27*, in Tripodi Enzo M. – Battelli Ettore (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 2006*, Maggioli, Rimini, 2008.

TURCO Claudio, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

VETTORI Giuseppe, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti* 2/2008.

VIGLIONE Raffaele, *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Studium Iuris*, 5/2008.

VIGORITI Luigi, *Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali in Europa e diritto privato*, 2/2007.

VILLANI Livia, in *Codice ipertestuale del Consumo* diretto da M. Franzoni, Torino, 2008, artt.18-27 bis.

VISINTINI Giovanna, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

WHITTAKER, S., *The Relationship Of The Unfair Commercial Practices Directive To European And National Contract Laws*, in AA. VV., *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC directive 2005/29*, Oxford, 2007.