



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXVI

Pratiche commerciali scorrette e mercato virtuale.
La tutela del consumatore e delle microimprese tra *public and private
enforcement*

Settore Scientifico Disciplinare
IUS/01

Dottorando

Dott. Riccardo Iacovelli

Supervisore

Prof. Ettore Maria Lombardi

Coordinatore

Prof.ssa Maria Luisa Vallauri

Salvo eventuali più ampie autorizzazioni dell'autore, la tesi può essere liberamente consultata e può essere effettuato il salvataggio e la stampa di una copia per fini strettamente personali di studio, di ricerca e di insegnamento, con espresso divieto di qualunque utilizzo direttamente o indirettamente commerciale. Ogni altro diritto sul materiale è riservato.

*L'unica legge è germogliare e crescere,
crescere nella tempesta e nelle intemperie,
a dispetto di tutto*

K. Toman

INDICE

INTRODUZIONE

La normativa di riferimento: la direttiva comunitaria 2005/29/CE e la direttiva 2019/2161/UE e il loro recepimento nell'ordinamento italiano

1. Premessa.....	1
2. Il contenuto della direttiva 2005/29/CE.....	3
2.1. (<i>Segue</i>) <i>Ratio</i> e ambito di applicazione.....	5
3. Le novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE.....	8
4. L'opera (incompleta) di armonizzazione delle discipline nazionali.....	10
4.1 Le lacune colmate dalla direttiva 2019/2161/UE: l'art. 11- <i>bis</i> della direttiva 2005/29/CE.....	14
5. Recepimento ed attuazione nell'ordinamento italiano della normativa europea.....	17
6. Il rapporto tra il diritto privato nazionale e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: cenni preliminari e rinvio.....	22

CAPITOLO I

Le pratiche commerciali scorrette. Inquadramento della fattispecie

1. Premessa: la definizione di «pratica commerciale» e la sua latitudine spazio-temporale.....	25
1.1 (<i>Segue</i>) La nozione di «pratica commerciale» alla luce della recente giurisprudenza.....	28
2. Il generale divieto di pratiche commerciali scorrette: art. 20 cod. consumo.....	33
3. Pratiche sleali: elementi costitutivi.....	36
3.1 La contrarietà a «diligenza professionale». Differenze con l'art. 1176 cod. civile.....	39
3.2 L'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.....	44

4. L'agire secondo correttezza e buona fede. Il rapporto tra il divieto di pratiche commerciali scorrette e le clausole di cui agli artt. 1175 e 1337 cod. civile.....	50
5. I soggetti: il professionista.....	53
5.1 La qualifica di professionista riconosciuta in capo alle Università (statali e non statali).....	55
6. Il consumatore. Il consumatore medio come parametro di valutazione per la scorrettezza di una pratica commerciale.....	59
6.1 Il consumatore vulnerabile.....	63
6.2 Il condominio consumatore.....	66
7. Le microimprese.....	71
7.1 I consorzi.....	75
8. Individuazione dei tipi: azioni ingannevoli ed omissioni ingannevoli.....	77
8.1 Le pratiche commerciali aggressive.....	81
9. I margini di discrezionalità di cui gode l'interprete nell'individuazione di altri tipi di pratiche commerciali vietate.....	85

CAPITOLO II

Pratiche commerciali scorrette e mercato virtuale

1. Il mercato virtuale e le piattaforme digitali.....	88
2. Il mercato virtuale quale luogo d'elezione dell'infedeltà del professionista.....	93
3. Pratiche commerciali scorrette perpetrate <i>dalle</i> piattaforme digitali.....	96
3.1 La commercializzazione dei dati personali.....	98
3.2. (<i>Segue</i>) I dati personali quale oggetto di pratiche commerciali sleali.....	101
4. Pratiche commerciali scorrette perpetrate <i>sulle</i> piattaforme digitali.....	105
5. La nuova lista nera di pratiche commerciali scorrette a mezzo internet.....	109
6. Il <i>Green washing</i> quale pratica commerciale scorretta perpetrata a mezzo dei <i>green claims</i>	112
7. La fornitura non richiesta di beni o servizi.....	117
7.1 (<i>Segue</i>) Il regime dei rimedi in caso di fornitura non richiesta.....	120

8. Il fenomeno dell'obsolescenza tecnologica programmata.....	123
8.1. Obsolescenza tecnologica programmata e pratiche commerciali scorrette: il caso <i>Apple</i>	126
8.2 I rimedi all'obsolescenza programmata.....	128
9. La manipolazione del mercato e dei consumatori attraverso strumenti digitali: manipolazione da parte degli algoritmi, <i>neuromarketing</i> e pratiche commerciali scorrette.....	133
9.1 Manipolazione algoritmica e pratiche commerciali sleali.....	140
10. È configurabile il parametro del consumatore medio digitale?.....	147

CAPITOLO III

Pratiche commerciali sleali, vizi contrattuali e rimedi negoziali

1. La tutela del consumatore tra <i>private</i> e <i>public enforcement</i>	151
2. Il coordinamento tra la normativa nazionale e la normativa di origine europea.....	156
3. Il nuovo comma 15- <i>bis</i> dell'art. 27 codice del consumo: profili problematici.....	159
3.1. (<i>Segue</i>) L'incerto ambito di applicazione della nuova disposizione alle microimprese: primo nodo interpretativo da sciogliere.....	163
3.2. (<i>Segue</i>) Sul <i>quomodo</i> della reazione individuale del consumatore alla luce della ambigua formulazione del comma 15- <i>bis</i> dell'art. 27 cod. consumo.....	164
4. Risoluzione del contratto e riduzione del prezzo.....	167
4.1 (<i>Segue</i>) Ulteriori questioni e talune conclusioni in merito all'esperibilità dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo.....	173
5. Gli «ulteriori rimedi»: i rimedi tradizionalmente di diritto privato europeo.....	177
5.1 (<i>Segue</i>) Il recesso di pentimento.....	181
6. I rimedi invalidanti: una necessaria premessa.....	184
7. La nullità.....	187
7.1 (<i>Segue</i>) La nullità di protezione.....	191
8. L'annullabilità.....	194
9. L'errore.....	196

10. La violenza.....	199
11. Il dolo.....	202
12. Limiti dei rimedi invalidanti. Conclusioni sull'annullabilità del contratto.....	207
13. Pubblicità ed integrazione del contratto tra commerciante e consumatore. I possibili rimedi esperibili dal consumatore leso.....	209
14. Una chiosa sui rimedi negoziali.....	215

CAPITOLO IV

La protezione del consumatore tra rimedi risarcitori individuali e di classe, ed il *public enforcement*.

1. La responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.....	219
2. Il risarcimento del danno aquiliano ex art. 2043 c.c.....	224
3. L'azione di classe.....	231
4. Metodi alternativi di soluzione delle controversie del consumatore.....	237
5. Il procedimento dinanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato....	240

BIBLIOGRAFIA.....	244
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

La normativa di riferimento: la direttiva comunitaria 2005/29/CE e la direttiva 2019/2161/UE e il loro recepimento nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il contenuto della direttiva 2005/29/CE – 2.1. (*Segue*) *Ratio* e ambito di applicazione – 3. Le novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE – 4. L'opera (incompleta) di armonizzazione delle discipline nazionali avviata con la direttiva comunitaria 2005/29/CE - 4.1. Le lacune colmate dalla direttiva 2019/2161/UE: l'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE – 5. Recepimento ed attuazione nell'ordinamento italiano della normativa europea – 6. Il rapporto tra il diritto privato nazionale e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: cenni preliminari e rinvio.

1. Premessa

La materia delle pratiche commerciali scorrette vive una stagione di rinnovato interesse scientifico.

Con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, infatti, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2019/2169/UE del 27 novembre 2019 sulla modernizzazione del diritto dei consumatori¹.

Fra le molteplici novità derivanti dalla attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 2019/2161/UE, quelle più rilevanti per l'analisi scientifica qui condotta sono sicuramente rappresentate, da un lato, dalla introduzione di una disposizione che esplicitamente contempla i “rimedi” di diritto privato esperibili dai consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta (nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo); dall'altro lato, dalla espressa qualificazione del comportamento del professionista che si avvale di condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie quale illecito amministrativo, così di fatto consentendo un controllo amministrativo del

¹ Dir. 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, che modifica la dir. 93/13/CEE del Consiglio e le dirr. 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio «per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori», in G.U.U.E. n. L 328/7, 18 dicembre 2019.

contenuto del contratto del consumatore ad opera della Autorità garante della concorrenza e del mercato².

Attraverso queste fondamentali innovazioni sono state colmate due rilevanti e contrapposte lacune che, prima dell'emanazione del decreto legislativo di recepimento della dir. 2019/2161/UE, connotavano nel nostro ordinamento il sistema di *enforcement* predisposto dalla disciplina attuativa della dir. 93/13/CEE (artt. 33 ss. cod. consumo) e dalla disciplina attuativa della dir. 2005/29/CE (artt. 18 ss. cod. consumo).

Da un lato, infatti, non esistevano nel diritto italiano disposizioni che comminassero sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei professionisti che inserissero clausole vessatorie nei contratti standard, predisposti unilateralmente per regolare i rapporti contrattuali intercorrenti con i consumatori.

Il legislatore nazionale aveva ritenuto sufficiente, sul punto, prevedere un sistema di solo *private enforcement*, affidato alla nullità di protezione delle clausole vessatorie³ e alla inibitoria dell'utilizzazione di formulari standard di contratto contenenti clausole vessatorie⁴, al quale tuttavia non era stato affiancato un sistema di *public enforcement*.

² All'AGCM, infatti, è stata attribuita in via esclusiva la competenza ad accertare il suddetto illecito amministrativo e ad adottare nei confronti del professionista responsabile le conseguenti sanzioni amministrative di natura pecuniaria (novellato art. 37-*bis* cod. consumo).

³ La nullità di protezione è prevista e disciplinata dall'art. 36 c.cons., il quale prevede espressamente che: *“Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.*

Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;*
- b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;*
- c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.*

La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.

È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea”.

⁴ Ai sensi dell'art. 37 cod. consumo, l'inibitoria può essere ottenuta nell'ambito di giudizi collettivi instaurati davanti al giudice ordinario dalle associazioni dei consumatori e dei professionisti.

Dall'altro lato, il divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette sancito dall'art. 20, comma 1, cod. consumo era assistito dalla sola possibilità, riconosciuta all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, di comminare sanzioni amministrative pecuniarie e altre misure inibitorie e ripristinatorie (art. 27 cod. consumo); sennonché la legislazione italiana⁵ non presentava una disposizione che espressamente accordasse ai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali la possibilità di avvalersi di rimedi di natura privatistica.

Tale lacuna aveva acceso un intenso dibattito fra gli interpreti e aveva rimesso – di fatto – alle scelte esegetiche da essi compiute la definizione delle condizioni e dei presupposti in presenza dei quali i rimedi privatistici potessero considerarsi esperibili sulla base dei principi generali del diritto italiano dei contratti e della responsabilità civile.

In virtù delle innovazioni apportate dalla direttiva 2019/2169/UE, viene oggi assicurato ai consumatori un apparato di *enforcement* misto, che poggia sia sulla dimensione pubblicistica che su quella privatistica dei rimedi.

Il presente lavoro si propone di analizzare i contenuti e i profili problematici, sul piano interpretativo ed applicativo, della nuova disciplina dei rimedi privatistici individuali esperibili dai consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta.

2. Il contenuto della direttiva 2005/29/CE

La direttiva 2005/29/CE, «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»⁶, costituisce la prima tappa fondamentale del

⁵ Per la ricostruzione delle diverse soluzioni adottate dai legislatori dei Paesi dell'Unione in sede di recepimento della dir. 2005/29/CE si veda G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, p. 880 ss.

⁶ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

percorso intrapreso dal legislatore europeo verso la creazione del mercato unico, e verso la predisposizione di un sistema a tutela del consumatore e di contrasto alle pratiche commerciali sleali.

Significativo punto di partenza dell'*iter* che ha condotto all'emanazione della direttiva 2005/29/CE, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione Europea l'undici giugno 2005, si rivela il Libro verde sulla comunicazione commerciale⁷, strumento di fondamentale importanza per lo sviluppo del mercato europeo⁸, cui fa seguito il *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*. A prevedere l'adozione di una direttiva per la regolamentazione delle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra professionisti e consumatori fu proprio il Libro verde sulla tutela dei consumatori presentato dalla Commissione il 2 ottobre 2001.

La richiamata direttiva si compone di venticinque *considerando*, ventuno articoli e due allegati, questi ultimi concernenti rispettivamente le pratiche commerciali da ritenersi in ogni caso sleali e le disposizioni in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali.

Essa è composta essenzialmente di due parti, la prima delle quali, dall'art. 2 all'art. 13, relativa alla regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, seguita da una seconda parte che introduce modifiche a provvedimenti comunitari previgenti.⁹

Con la normativa *de qua* il legislatore europeo sancisce, all'art. 5, un generale divieto di pratiche commerciali «lesive degli interessi economici dei consumatori»¹⁰. Il divieto concerne le pratiche commerciali «sleali», cioè che siano al contempo contrarie alle norme di diligenza professionale e false o idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

La direttiva prosegue introducendo un sistema di valutazione delle pratiche sleali, con lo scopo di fornire parametri uniformi nell'ambito dell'intera Unione (artt. 6-9) e

⁷ Libro verde della Commissione “*La comunicazione commerciale nel mercato interno*”, in COM (96), 192 def.

⁸ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO E C. CASTRONOVO, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 439.

⁹ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, pp. 3-5.

¹⁰ Direttiva 2005/29/CE, *Considerando* n. 4.

conclude questa prima parte affidando agli Stati membri il compito di determinare mezzi idonei a prevenire, reprimere e sanzionare tali pratiche commerciali.

La seconda parte della direttiva modifica provvedimenti in materia di pubblicità ingannevole e comparativa¹¹, in materia di contratti conclusi a distanza tra professionisti e consumatori¹² e in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori¹³. Inoltre sono apportate modifiche al Regolamento Ce n. 2006/2004 «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori».

2.1. (Segue) *Ratio* e ambito di applicazione

Per comprendere la *ratio* della direttiva in esame si può fare riferimento al *considerando* n. 1 che individua nel «conseguimento di un livello elevato di protezione del consumatore» uno degli obiettivi primari che la Comunità europea deve contribuire a raggiungere.

Tuttavia occorre domandarsi se la tutela del consumatore rappresenti il fine ultimo del legislatore europeo o piuttosto il mezzo attraverso il quale raggiungere scopi ulteriori. A ben vedere l'art. 1 della direttiva indica nel corretto funzionamento del mercato interno e nella tutela del consumatore gli obiettivi da raggiungere attraverso lo strumento tipico del diritto comunitario: l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Dunque è chiaro come emerga, già dalle primissime disposizioni del provvedimento, uno stretto legame tra la protezione del consumatore e lo sviluppo del mercato interno¹⁴, legame da cui traspare che lo scopo del legislatore europeo è duplice e non incentrato esclusivamente sulla tutela del consumatore.

¹¹ Direttiva 84/450/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, come modificata dalla direttiva 97/55/CE che ha in essa incluso la disciplina della pubblicità comparativa.

¹² Direttive 97/7/CE e 2002/65/CE

¹³ Direttiva 98/27/CE

¹⁴ in tal senso si veda G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*, pp. 2-3. Qui l'Autore sottolinea come «proprio lo stretto legame intercorrente fra le istanze di protezione degli interessi dei consumatori e l'esigenza di assicurare la realizzazione del mercato interno, evitando che all'interno di esso la concorrenza venga falsata, costituisce la prima e fondamentale chiave di lettura di questo nuovo provvedimento comunitario».

Proprio al completamento del mercato interno sembra voler approdare la direttiva che nel *considerando* n. 5 fa espresso riferimento agli «ostacoli alla libera circolazione di servizi e di merci transfrontaliera o alla libertà di stabilimento» come limiti al raggiungimento degli obiettivi che la Comunità si è prefissata nei suoi Trattati.

L'intensificarsi delle negoziazioni transfrontaliere condurrebbe, ad avviso della Commissione¹⁵, all'ampliamento dei beni e servizi offerti ai consumatori e all'armonizzazione dei prezzi all'interno del mercato europeo, con la conseguenza di stimolare il gioco della concorrenza tra le imprese. Gli ostacoli a tale intensificazione vengono rintracciati, dalla stessa Commissione, nell'esistenza di differenze tra le varie legislazioni nazionali, nell'incertezza delle norme di diritto applicabili alle diverse operazioni transfrontaliere ed inoltre nell'insicurezza avvertita dai consumatori nel concludere contratti con professionisti di altri Stati dell'Unione¹⁶.

Gli strumenti individuati dal legislatore europeo per rimuovere tali ostacoli sono l'introduzione di un quadro giuridico uniforme in materia di protezione del consumatore¹⁷ e lo sviluppo di pratiche commerciali leali all'interno del mercato comune proprio al fine di promuovere ed incentivare le attività transfrontaliere¹⁸.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della direttiva, il confine soggettivo è segnato dall'art. 3 che fa espresso riferimento ai soli rapporti tra professionista e consumatore¹⁹, rapporti che vengono qualificati come «pratiche commerciali».

¹⁵ 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.

¹⁶ *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, 2012, p. 122.

¹⁷ In tal senso il *considerando* n. 5 della direttiva 05/29 che nell'ultimo periodo prevede che «ciò è possibile solo introducendo a livello comunitario norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori e chiarendo alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto».

¹⁸ Direttiva 2005/29/CE, *Considerando* n. 2.

¹⁹ Le definizioni di consumatore e di professionista rilevanti ai fini dell'applicazione della direttiva 05/29 sono contenute nell'art. 2 della stessa. «Ai fini della presente direttiva, si intende per:

a) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca 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 della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

La nozione di pratica commerciale è molto ampia, tale da ricomprendere «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»²⁰. Partendo dalla considerazione che le operazioni commerciali poste in essere da un professionista possono essere considerate come sinonimo di contratto²¹, dal combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 2 lett. d) della direttiva possono ritenersi assoggettati ad essa tutti i comportamenti tenuti dal professionista che presentino una diretta connessione con la «promozione, vendita o fornitura» di un prodotto al consumatore e siano posti in essere «prima, durante e dopo» di un rapporto contrattuale con il consumatore stesso.²² La definizione è di ampiezza tale che risulta difficile immaginare attività di rilievo commerciale dirette ai consumatori che non siano in essa ricompresa, soprattutto se si pone l'attenzione alla peculiare nozione di «prodotto». L'art. 2 lett. c) definisce un prodotto come «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni»²³.

In relazione a dette fattispecie, la direttiva sancisce a carico dei professionisti un generale divieto di porre in essere pratiche commerciali che si prestino ad essere qualificate come «sleali».

Pur essendo assoggettati alla direttiva i soli rapporti c.d. *business to consumer*, il *considerando* n. 8 suggerisce alla Commissione di introdurre strumenti di tutela utilizzabili anche nei rapporti tra professionisti, dato che «esistono pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti». Si apre così la strada ad un sistema di tutele basato

²⁰ Art. 2 lett. d), Direttiva 2005/29/CE

²¹ In tal senso G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*, p. 7. L'Autore fa espresso riferimento alle espressioni adottate in altre versioni linguistiche dell'art. 3 della direttiva come ad es. *commercial transaction, transaction commerciale*, ecc.

²² G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*, p. 8

²³ Parte della dottrina ritiene tale definizione «impropria». In tal senso si veda ad es.: L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e diritto privato*, 2007 ; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*

sull'elemento oggettivo della scorrettezza del comportamento e non sulla qualifica soggettiva di chi aziona la tutela stessa.²⁴

3. Le novità introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE

La dir. 2019/2161/UE apporta una serie di importanti innovazioni e modifiche sia alla direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, sia alla direttiva 98/6/CE sulla modalità di indicazione dei prezzi di vendita e dei prezzi per unità di misura dei prodotti offerti ai consumatori, nonché, infine, alle direttive 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e 2011/83/UE sui contratti stipulati a distanza e fuori dai locali commerciali.

Quanto alle innovazioni apportate alla disciplina delle pratiche sleali, la direttiva di recente conio ha in primo luogo introdotto una disposizione (nuovo par. 5 dell'art. 3 dir. 2005/29/CE) che, deviando rispetto alla natura "massima" dell'armonizzazione perseguita dalla direttiva 2005/29/CE, autorizza gli Stati membri ad adottare norme nazionali idonee ad assicurare forme speciali di protezione (più intense rispetto a quelle contemplate dalla direttiva) nei confronti delle pratiche commerciali aggressive o ingannevoli poste in essere «nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore» oppure di «escursioni organizzate da un professionista allo scopo di promuovere o vendere prodotti ai consumatori».

In secondo luogo, ha integrato l'elenco delle «azioni ingannevoli» di cui all'art. 6²⁵ e arricchito il novero delle informazioni precontrattuali da considerarsi «rilevanti» in sede di formulazione di un «invito all'acquisto» ai fini della valutazione di una pratica commerciale come «omissione ingannevole», ai sensi dell'art. 7²⁶.

²⁴ L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione delle direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 526.

²⁵ La nuova lett. c del par. 2 qualifica come ingannevole qualsivoglia attività di *marketing* che, in uno Stato membro, promuova un bene come identico a un bene commercializzato in altri Stati membri nonostante quest'ultimo abbia in realtà una composizione o caratteristiche significativamente diverse

²⁶ Per i prodotti offerti su mercati online, è qualificata come «rilevante» l'informazione se il terzo che offre i prodotti è un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del terzo stesso al fornitore del mercato online (par. 4, lett. f). Con riguardo al caso in cui ai consumatori venga accordata la

In terzo luogo, e soprattutto, ha inserito nella direttiva 2005/29/CE un nuovo art. 11-*bis* che impone agli Stati membri di accordare, ai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali, rimedi «individuali» proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno sofferto ed eventualmente anche la risoluzione del contratto la cui stipulazione e/o esecuzione sia stata condizionata da una pratica commerciale sleale o la riduzione del prezzo previsto da un contratto siffatto come corrispettivo del bene o del servizio fornito al consumatore.

In quarto luogo, ha arricchito la “lista nera” di pratiche commerciali ritenute certamente scorrette contenuta nell’Allegato 1 alla direttiva del 2005, inserendo tre nuove fattispecie²⁷.

Infine, la dir. 2019/2161/UE ha integralmente sostituito i contenuti dell’art. 13 direttiva 2005/29/CE (dedicato alle sanzioni da comminare nei confronti dei professionisti che non rispettino il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali), che contiene oggi – al paragrafo 2 - un elenco (peraltro non esaustivo) di criteri da applicare ai fini della quantificazione dell’importo delle sanzioni amministrative pecuniarie, e nel contempo autorizza gli Stati membri a prevedere – quantomeno con riferimento a fattispecie di rilevanza meramente interna e non transfrontaliera – un sistema sanzionatorio binario,

possibilità di cercare prodotti offerti da professionisti diversi o da consumatori sulla base di una ricerca sotto forma di parola chiave, frase o altri dati, sono qualificate come «rilevanti» le informazioni generali, rese disponibili in un’apposita sezione dell’interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentati i risultati della ricerca, in merito ai parametri principali che determinano la classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca e all’importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri (par. 4 *bis*). Infine, con riferimento all’ipotesi in cui il professionista fornisca l’accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti, sono considerate «rilevanti» le informazioni che indicano se, e in che modo, il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto (par. 6).

²⁷ Le pratiche commerciali consistenti nel fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all’interno di tali risultati (n. 11 *bis*); le pratiche commerciali consistenti nel rivendere ai consumatori biglietti per eventi che il professionista abbia acquistato utilizzando strumenti automatizzati, eludendo qualsiasi limite imposto riguardo al numero massimo di biglietti che una singola persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all’acquisto di biglietti (n. 23 *bis*); le pratiche consistenti nell’indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto, senza aver adottato misure ragionevoli e proporzionate per verificare che ciò sia realmente accaduto (n. 23 *ter*); le pratiche consistenti nell’inviare o far inviare recensioni false o falsi apprezzamenti di consumatori, ovvero nel fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui social media, al fine di promuovere prodotti (n. 23 *quater*).

stabilendo che soltanto le pratiche commerciali che risultino ingannevoli ex artt. 6 o 7, ovvero aggressive ai sensi degli artt. 8 e 9 dir. cit., o ancora siano riconducibili ad una delle previsioni contenute nella lista nera di pratiche sicuramente sleali inserita nell'Allegato, debbano sempre e necessariamente condurre alla irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, laddove, per contro, le pratiche che risultino sleali esclusivamente in applicazione della clausola generale di cui all'art. 5, par. 2, dir. possano condurre alla irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie soltanto nelle ipotesi in cui il professionista vi abbia fatto ricorso in modo continuativo anche dopo il passaggio in giudicato del provvedimento inibitorio con il quale l'Autorità competente ne abbia accertato la natura sleale.

4. L'opera (incompleta) di armonizzazione delle discipline nazionali avviata con la direttiva comunitaria 2005/29/CE

L'adozione dei provvedimenti in esame si giustifica sulla base dell'art. 95 TCE²⁸, come espressamente previsto nell'*incipit* della direttiva 2005/29/CE. Si tratta dunque di una «misura relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri», adottata con l'intento di favorire «l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»²⁹ attraverso, come si è già cercato di chiarire, la tutela del consumatore.

A partire dagli anni ottanta si sono susseguite diverse direttive che hanno cominciato a disciplinare aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali e singole tipologie di esse.

²⁸ Oggi art. 114 TFUE.

²⁹ Art. 26 TFUE, espressamente richiamato dall'art. 114 TFUE in ordine agli obiettivi da perseguire attraverso il ravvicinamento delle legislazioni.

Gli esempi sono forniti dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole³⁰, dalla direttiva sull'indicazione dei prezzi³¹ e dalla direttiva concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori³². A livello settoriale assumono particolare importanza le direttive riguardanti i prodotti alimentari³³, i medicinali per uso umano³⁴, il credito al consumo³⁵, i contratti negoziati fuori dai locali commerciali³⁶, e gli esempi potrebbero proseguire.

Tutti questi interventi, espressione di un approccio di tipo verticale, caratterizzato da specifici interventi in settori limitati, hanno dato vita ad un livello minimo di armonizzazione³⁷.

Nel 2001, nel *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*³⁸, gli stessi organi comunitari hanno sottolineato come la tutela dei consumatori nel mercato interno sia stata affidata a norme prive di organicità e ad un sistema di attuazione frammentario.

Lo strumento di armonizzazione minima ha dunque rivelato, nel corso del tempo, la sua inefficacia nel predisporre una disciplina in grado di favorire lo sviluppo del mercato unico e di incentivo alle operazioni transfrontaliere ad opera dei consumatori. L'emanazione del *Libro verde* ha costituito dunque l'occasione per riflettere sullo strumento normativo più adatto per il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, dato che il «mercato interno dei consumatori non ha

³⁰ Direttiva 84/450/CE del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole (GU L 250, 19.09.1984).

³¹ Direttiva 98/6/CE del 16 febbraio 1998.

³² Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993.

³³ Direttiva 95/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 novembre 1995, che modifica la direttiva 79/581/CEE concernente l'indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori e la direttiva 88/314/CEE concernente l'indicazione dei prezzi dei prodotti non alimentari ai fini della protezione dei consumatori (GU L 299 del 12.12.1995).

³⁴ Direttiva 92/28/CEE del Consiglio, del 31 marzo 1992.

³⁵ Direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (GU L 42 del 12.02.1987), modificata dalla direttiva 90/88/CEE del Consiglio del 22.02.1990 (GU L 61 del 10.03.1990) e dalla direttiva 98/7/CE del Consiglio e del Parlamento europeo, del 16.02.1998 (GU L 101 del 01.04.1998).

³⁶ Direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985.

³⁷ In tal senso L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione delle direttive sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit., p. 523.

³⁸ *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*, COM (2001), 531 def., del 2.10.2001.

realizzato le sue potenzialità rispetto al mercato interno delle imprese»³⁹. Due sono state le ipotesi prese in considerazione: continuare con un approccio di tipo verticale (o specifico), oppure agire attraverso l’emanazione di una direttiva quadro al fine di armonizzare le norme sulla correttezza delle pratiche commerciali tra imprese e consumatori (c.d. approccio orizzontale o misto).

Riserve in merito all’approccio di tipo specifico sono state avanzate dagli stessi organi comunitari⁴⁰; il numero di direttive necessarie al fine di armonizzare le legislazioni degli Stati membri in materia, infatti, sarebbe risultato indefinito, gli Stati membri si sarebbero trovati nella situazione di dover modificare molte direttive esistenti sulla protezione dei consumatori rese obsolete dagli sviluppi del mercato e tutto questo potrebbe condurre ad un contrasto tra le nuove direttive e la disciplina previgente.

Alla luce di queste considerazioni è sembrato dunque preferibile optare per l’approccio orizzontale, al fine di creare una «rete di sicurezza»⁴¹ in grado di funzionare da base regolamentare per le pratiche commerciali non rientranti nei campi coordinati dalle direttive settoriali.

La direttiva 2005/29/CE costituisce il primo punto di approdo di questo nuovo modo di procedere nella regolamentazione delle pratiche commerciali.

Tale direttiva introduce un regime di armonizzazione «piena»⁴² e «completa»⁴³ delle legislazioni nazionali; agli Stati membri non è infatti permesso discostarsi, in sede di recepimento, dalle statuizioni contenute nella direttiva per innalzare o diminuire il livello di tutela riconosciuto al consumatore⁴⁴. Viene dunque superata l’impostazione tradizionale di armonizzazione minima che, se da una parte, consente ai legislatori nazionali di prevedere un livello di tutela più forte di quello previsto a livello europeo,

³⁹ *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea*, cit. § 3.

⁴⁰ *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea*, cit. § 3.3.

⁴¹ *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea*, cit. § 3.4.

⁴² Direttiva 2005/29/CE, Considerando n.14.

⁴³ Direttiva 2005/29/CE, Considerando n.15.

⁴⁴ In tal senso C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007; ma anche L. G. VIGORITI, *Verso l’attuazione delle direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit. ; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, op. cit.

dall'altra crea un quadro giuridico frammentario e dunque un pregiudizio per imprese e consumatori⁴⁵.

L'intento perseguito dal legislatore con l'opera di armonizzazione emerge chiaramente dal *considerando* n. 12 dove è ribadito che da essa «deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'Unione. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore».

Nonostante i dichiarati intenti del legislatore, parte della dottrina⁴⁶ mette in dubbio che quella attuata dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali sia un'armonizzazione effettivamente completa. A ben vedere sono numerose le disposizioni della direttiva stessa che lasciano margini di discrezionalità in capo agli Stati membri.

Soprattutto, non ricadono nell'ambito dell'armonizzazione completa perseguita dal legislatore le discipline nazionali concernenti il contratto e l'illecito civile.

La dir. 2005/29/CE statuiva e ancora statuisce, infatti, che essa «non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto» (art. 3, par. 2), e «non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale» (*considerando* n. 9).

Dunque, gli Stati membri non soltanto non erano obbligati a prevedere rimedi *ad hoc* per contrastare le pratiche commerciali sleali, ma non dovevano nemmeno considerarsi obbligati a modificare le disposizioni che definivano il proprio diritto generale dei contratti, sia pur soltanto con riferimento ai rapporti *b-to-c*, per bene recepire la normativa europea.

⁴⁵ In tal senso T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali»*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, 2006, II, 22.

⁴⁶ P. AUTERI, *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. Ed anche G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, *op. cit.*

Inevitabile – e ampiamente prevedibile – è stata la conseguenza di questa opzione di fondo: l’omessa previsione di una disposizione che affrontasse *ex professo* la questione dei rimedi ha infatti ricevuto soluzioni profondamente differenziate nei diversi Stati membri, ora fondate su disposizioni di legge *ad hoc* autonomamente elaborate e spontaneamente introdotte dai legislatori nazionali, ora fondate sulla applicazione dottrinale e giurisprudenziale di principi e istituti generali del diritto nazionale dei contratti e della responsabilità civile.

Lungi dal ridurle ed attenuarle, la dir. 2005/29/CE ha finito così per aggravare ed incrementare le differenze intercorrenti fra le modalità con le quali, all’interno dei diritti nazionali dei Paesi membri, veniva risolta la questione dei rimedi privatistici spettanti ai consumatori i cui interessi economici venissero pregiudicati da pratiche commerciali scorrette.

In definitiva, l’obiettivo di armonizzazione completa che il legislatore europeo si era prefissato di raggiungere con la direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali non poteva dirsi pienamente raggiunto⁴⁷.

4.1. Le lacune colmate dalla direttiva 2019/2161/UE: l’art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE

La frammentazione e la differenziazione fra i vari diritti nazionali dei Paesi membri in materia di pratiche commerciali scorrette ha reso evidente la necessità di rimeditare la scelta compiuta inizialmente dal legislatore europeo ed introdurre nella direttiva 2005/29/CE una disposizione che imponesse ai vari Stati membri di prevedere espressamente, nella loro legislazione nazionale, rimedi privatistici individuali esperibili dai consumatori nei confronti dei professionisti responsabili di aver posto in essere una pratica commerciale sleale, cercando così di armonizzare il più possibile il regime normativo di siffatti rimedi⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, op. cit., p. 6 ss.

⁴⁸ Per una ricostruzione comparatistica, si veda C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in D’AMICO (a cura di), *Contratto*, in *Enc. dir. – I tematici*, Milano, 2021, p. 825 ss. (v., in

Proprio a tal fine, l'art. 3, n. 5, dir. 2019/2161/UE ha previsto l'inserimento, nella direttiva 2005/29/CE, dell'art. 11-*bis*, rubricato "Rimedi", il quale prevede espressamente che: «I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti [par. 1]. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale [par. 2]». Pur non potendosi negare l'importanza della innovazione apportata dalla disposizione *de qua*, che di fatto obbliga gli Stati membri a prevedere un apparato di rimedi privatistici individuali di diritto interno a favore dei consumatori per bene recepire la direttiva, si deve rilevare che il testo della disposizione europea è complessivamente inadeguato rispetto all'obiettivo di armonizzazione "massima" delle legislazioni nazionali⁴⁹.

Ed infatti, pur risolvendo i dubbi in merito all'*an* della tutela privatistica individuale, la disposizione rimette ancora una volta alla discrezionalità dei legislatori nazionali il *quomodo* dei rimedi privatistici esperibili dai consumatori, ponendo ai predetti legislatori nazionali vincoli e limiti assai ridotti.

Questa scelta ha finito per incrementare – e, se possibile, incentivare – le differenze fra le modalità con le quali, nei diversi Stati membri, i legislatori hanno provveduto all'individuazione della natura, della tipologia e del numero dei rimedi esperibili, alla definizione dei relativi presupposti, al coordinamento di tali rimedi con i rimedi contrattuali ed extracontrattuali spettanti ai consumatori sulla base delle altre discipline ai rapporti tra professionisti e consumatori, sia con i rimedi contrattuali ed

particolare, p. 838 ss.). Ed anche T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018.

⁴⁹ Tale riflessione viene sapientemente svolta da G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11- bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2, 1 marzo 2023, p. 441.

extracontrattuali spettanti sulla base dei principi e degli istituti generali del diritto nazionale⁵⁰.

D'altronde, è innegabile la difficoltà di concepire un apparato normativo uniforme, completo e dettagliato dei rimedi individuali, atteso che gli istituti del diritto privato nazionale di ciascuno Stato membro sono disciplinati e costruiti con contenuti assai divergenti.

Ciò posto, merita di essere evidenziato che l'art. 3, par. 2, dir. 2005/29/CE, il quale sancisce che la direttiva «non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto» – non è stato modificato dalla dir. 2019/2161/UE, il cui *considerando* 57 ribadisce che la stessa «non dovrebbe pregiudicare il diritto contrattuale nazionale che disciplina, per esempio, la conclusione o la validità di un contratto in casi come un vizio del consenso o un'attività commerciale non autorizzata».

Risulta in tal modo confermato che la necessità di recepire l'art. 11-*bis*, dir. 2005/29/CE non impone agli Stati membri né di rivedere il proprio diritto generale dei contratti, né di apportare – laddove i legislatori nazionali ritengano opportuno fare ricorso ad uno o più degli istituti che ne facciano parte (nullità, annullamento, risoluzione, rescissione, recesso, riduzione del prezzo, diritto all'esatto adempimento, risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale, ecc.) al fine di dare attuazione all'art. 11-*bis*, dir. 2005/29/CE – modifiche od alterazioni alla disciplina cui i suddetti istituti sono sottoposti in virtù del diritto nazionale in materia di contratti.

5. Recepimento ed attuazione della normativa europea nell'ordinamento italiano

Il legislatore nazionale ha dato attuazione alla direttiva 2005/29/CE con due distinti provvedimenti, i d.lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007.

⁵⁰ Un'analisi puntuale delle problematiche attinenti alla formulazione della normativa europea rispetto all'opera di armonizzazione delle discipline nazionali viene compiuta da C. GRANELLI, *L'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *Jus Civile*, 2022, p. 258 ss.

Il d.lgs. n. 145/2007 ha recepito quella parte della direttiva che modifica la normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, invece il d.lgs. n. 146/2007 contiene le disposizioni di recepimento degli art. 1-13 e 15-17 della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali.

Fra le tante questioni da affrontare in sede di recepimento, il Governo⁵¹ si è trovato nella posizione di scegliere in che modo coordinare la disciplina sulle pratiche commerciali sleali e quella sulla pubblicità ingannevole. Le soluzioni prospettabili erano diverse: si poteva scegliere di dare vita ad un *corpus* normativo unico nel quale far confluire la disciplina di entrambe le materie, ed in tale caso stabilire se inserirlo in un provvedimento preesistente ovvero autonomo, oppure emanare due provvedimenti distinti.

Le strade intraprese dai legislatori europei sono state molto diverse; nel nostro ordinamento si è optato per la separazione delle discipline.

Le norme sulla pubblicità ingannevole e comparativa sono state inserite in un provvedimento *ad hoc*, il d.lgs. n. 145/2007, che a prima vista sembrerebbe recepire soltanto le norme necessarie a dare attuazione all'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, ma che, a ben vedere, ha confini molto più estesi. In esso confluiscono gli artt. 18-27 del codice del consumo, in cui era stata trasfusa la direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole.

Il decreto del Governo si presenta dunque come un *corpus* normativo autonomo in cui è confluita la disciplina di recepimento della direttiva 84/450/CEE, successivamente modificata dalla direttiva 97/55/CE e dall'art. 14 della direttiva 2005/29/CE (oggi sostituita dalla direttiva 2006/114/CE)⁵².

Collocando tale disciplina in un provvedimento autonomo, si è posto rimedio all'incauto inserimento nel codice del consumo, nel quale avrebbero dovuto essere

⁵¹ A seguito della l. 25 gennaio 2006 n. 29 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2005», pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 32 dell'8 febbraio 2006 - Supplemento ordinario n. 34, il Governo ricevette la delega per adottare, entro il termine di diciotto mesi, i decreti legislativi occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B della legge stessa tra cui la direttiva 2005/29/CE.

⁵² Direttiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata) in GU L 376/21 del 27.12.2006.

inserite soltanto norme a tutela dei consumatori, di un complesso di disposizioni finalizzate a tutelare anche i professionisti.

Di fatto l'ambito di applicazione della disciplina sulla pubblicità risulta, sul piano soggettivo, più esteso rispetto a quello delle pratiche commerciali, ricomprendendo anche i rapporti tra soli professionisti.

Proprio per questo motivo veniva a crearsi una sovrapposizione tra la disciplina in esame, non direttamente finalizzata alla tutela del consumatore, e le norme del codice del consumo, dedicate ai soli rapporti tra professionisti e consumatori, con problemi di carattere applicativo⁵³.

Alla luce di tali considerazioni la scelta di espungere dal codice del consumo la disciplina della pubblicità ingannevole, adottata in sede di recepimento, è stata valutata con favore dalla dottrina⁵⁴.

Per quanto attiene la scelta della sede in cui ospitare la disciplina sulle pratiche commerciali sleali il Codice del Consumo si è rivelato il destinatario naturale⁵⁵.

La collocazione più idonea per introdurre le relative disposizioni sembrava essere il Titolo II, rubricato «Esercizio dell'attività commerciale», Parte III cod. consumo La dottrina⁵⁶ aveva indicato tale sede sulla base dell'art. 39 cod. consumo che dispone:

⁵³ Cfr. A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p.165.

⁵⁴ In tal senso P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 267 ss. Ed anche G. DE CRISTOFARO, *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 Editore, 2008, p. 72-73, l'Autore giudica meritevole di apprezzamento la scelta del legislatore italiano di affidare ad un apposito provvedimento normativo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, "incautamente e frettolosamente" inserita nel codice del consumo.

⁵⁵ E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173, si augura che "il legislatore italiano inserisca le norme di attuazione nel codice del consumo".

⁵⁶ In tal senso L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione delle direttive sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit., p. 525, che richiama anche la Relazione al codice del consumo, ove l'art. 39 è descritto come lo strumento con il quale introdurre «regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali»; E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 75 ss., partendo dalla considerazione che «l'art. 39 del codice del consumo fa riferimento non ad atti o a contratti, ma all'attività commerciale: la norma rinvia all'intera attività, e non ad una fase negoziale, e prescinde quindi dalla sussistenza di un rapporto contrattuale, volendo tutelare il consumatore in ogni fase del processo di consumo» arriva a sostenere che «l'art. 39 del codice del consumo è perfettamente in linea con la direttiva sulle pratiche commerciali sleali»; G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 777.

«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», ed in effetti il richiamo alla correttezza nelle attività commerciali e alla protezione dei consumatori aveva mostrato uno stretto legame con il regime approntato per le pratiche commerciali sleali.

Tuttavia si è scelto di inserire la disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali nel Titolo III della Parte II cod. consumo, negli artt. 18-27 *quater*, che fino a quel momento avevano accolto le norme in materia di pubblicità ingannevole.

È stata così operata una riscrittura del Titolo III cod. consumo, che oggi si compone di tre Capi: il primo dedicato alle disposizioni generali e all'ambito di applicazione; il secondo dedicato al divieto di pratiche commerciali scorrette, al cui interno si trovano la Sezione dedicata alle pratiche commerciali aggressive e la Sezione dedicata alle pratiche commerciali ingannevoli; ed infine il terzo Capo dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale.

La scelta di inserire tale disciplina nella parte del codice del consumo oggi rubricata «Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità» è stata fortemente criticata⁵⁷. A ben vedere la Parte II del codice del consumo contiene una serie di regole⁵⁸ che i professionisti debbono rispettare nella fase che precede la possibile stipulazione di un contratto con il consumatore e questo si pone in contrasto con la direttiva 2005/29/CE, che invece intende disciplinare l'atto di consumo “nel suo aspetto dinamico”⁵⁹.

A questo punto, le ragioni di tale collocazione sarebbero da ricercare nella lettura di stampo pubblicistico che il legislatore ha voluto dare alla disciplina sulle pratiche commerciali sleali⁶⁰, e dunque la seconda parte del codice del consumo si rivela la sede

⁵⁷ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, op. cit., p. 75, l'Autore ritiene la scelta di inserire la disciplina sulle pratiche commerciali sleali nella Parte II del codice del consumo «errata e fuorviante».

⁵⁸ Tra cui le «disposizioni generali» sull'informazione dei consumatori (art. 5 cod. consumo) e le disposizioni che indicano il contenuto minimo delle informazioni che devono presentare i prodotti prima di essere commercializzati.

⁵⁹ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954.

⁶⁰ In tal senso G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, op. cit., p. 76, dove viene rilevato che la lettura pubblicistica della disciplina sulle

più opportuna dal momento che prevede sanzioni pecuniarie amministrative per la violazione dei suoi precetti, ed anche nella considerazione che è più probabile che una determinata pratica commerciale scorretta si collochi prima della conclusione del contratto e sia dunque legata alla pubblicità e alla comunicazione commerciale⁶¹.

Le innovazioni in materia non sono legate soltanto alla collocazione delle norme; si può segnalare che l'atto di recepimento ha modificato la denominazione delle pratiche commerciali da «sleali» a «scorrette» e ciò al fine di non ingenerare confusione con la disciplina della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 codice civile.

Da ultimo, con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2019/2169/UE del 27 novembre 2019 sulla modernizzazione del diritto dei consumatori, ad oltre un anno di distanza dalla scadenza del termine a tal fine assegnato dall'Unione europea, e dopo che gli altri Stati membri avevano già provveduto – nel corso del 2021 e del 2022 – ad adeguare i propri ordinamenti giuridici interni alle novità portate dalla direttiva stessa.

La direttiva è stata attuata apportando al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) soltanto le modifiche e integrazioni ritenute strettamente indispensabili per il suo recepimento e, per quanto concerne specificatamente l'oggetto della presente indagine, il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26 ha destinato al recepimento dell'art. 11-*bis*, dir. 2005/29/CE, una disposizione *ad hoc*, così formulata: *“I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori”*.

pratiche commerciali scorrette è da ricollegarsi all'assenza di disposizioni che prevedano conseguenze privatistiche in caso di violazione del divieto di pratiche commerciali sleali e dalla circostanza che a presidio di tale divieto siano previste esclusivamente sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁶¹ Così P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, op. cit., p. 273, l'Autore sottolinea anche che «sarebbe stato difficile trovare un'ulteriore diversa collocazione senza incorrere nell'opposto rischio e cioè di appiattire la disciplina di recepimento all'interno di quella contrattuale».

La disposizione *de qua* è stata collocata nel nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo, per vera previsione normativa interamente dedicata alla definizione del ruolo e delle competenze (pubblicistiche) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla regolamentazione dei procedimenti amministrativi nell'ambito dei quali l'Autorità stessa provvede all'accertamento della violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali che non siano corrette.

Considerata l'importanza della disciplina di nuovo conio, e soprattutto la natura squisitamente privatistica della disciplina dei rimedi individuali, sarebbe stato certamente più opportuno e sistematicamente corretto inserire la nuova disposizione in un articolo del codice del consumo separato ed autonomo rispetto all'art. 27⁶².

Tuttavia, può dirsi che il codice del consumo, prima con il recepimento della direttiva 2005/29/CE, e poi con il recepimento della direttiva 2019/2161/UE, non si limita più a contrastare i comportamenti del professionista che si concretano nei soli messaggi pubblicitari ingannevoli, ma tutela il consumatore, che per sua natura potrebbe non aver dimestichezza con le pratiche del commercio, contro qualsiasi comportamento idoneo a modificare le sue scelte sull'an e sul quomodo della contrattazione con il professionista⁶³.

Delle altre importanti novità e modifiche apportate al codice del consumo, come quelle introdotte dal d.l. 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette anche ai rapporti tra professionisti e microimprese, si dirà nelle sedi opportune.

6. Il rapporto tra il diritto privato nazionale e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: cenni preliminari e rinvio

⁶² In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11- bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*,

⁶³ Cfr. V. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 3, 2007, p. 37 ss.

Alla luce del recepimento della direttiva 2019/2161/UE, i termini del problema relativo al rapporto tra il diritto privato nazionale dei contratti e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sono parzialmente cambiati.

Dapprima, infatti, il dibattito di dottrina e giurisprudenza si era incentrato sull'*an* della esperibilità di rimedi individuali di diritto privato, da parte dei consumatori, per fronteggiare una pratica commerciale scorretta.

L'art. 3, par. 2, della direttiva 05/29, infatti, stabiliva e stabilisce tutt'ora che essa «non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto».

La direttiva 05/29, in altri termini⁶⁴, non imponeva agli Stati membri, per un corretto recepimento, l'obbligo di modificare la disciplina generale del contratto al fine di adeguarla a quella sulle pratiche commerciali.

Tuttavia, l'introduzione di eventuali deroghe o modifiche non era nemmeno vietata: la disciplina nazionale concernente il contratto e l'illecito civile, proprio perché non pregiudicata dalla direttiva, non è ricaduta nel processo di armonizzazione completa perseguito dal legislatore europeo⁶⁵, e dunque ben avrebbe potuto essere innovata da parte degli Stati membri.

Tali considerazioni si giustificano anche sulla base dell'art. 13 dir. che impone agli Stati membri di approntare sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» per contrastare le pratiche commerciali sleali. Infatti si sarebbero potute prevedere, alla luce di siffatta statuizione, conseguenze privatistiche “speciali o eccezionali” rispetto a quelle già presenti nei vari ordinamenti, al fine di contrastare le pratiche commerciali vietate⁶⁶.

Si trattava in definitiva di una questione rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale; prevedere conseguenze privatistiche ulteriori e speciali rispetto a quelle nazionali o non prevederne alcune e in ogni caso recepire correttamente la direttiva.

⁶⁴ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*, p. 20 ss.

⁶⁵ Il rilievo è compiuto da A. COSTA, *Pratiche commerciali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 249.

⁶⁶ In tal senso G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, op. cit.*, p. 24.

Dunque, indipendentemente dalla scelta di prevedere rimedi ulteriori o di non prevederne di nuovi, la direttiva non pregiudicava quelli che eventualmente gli Stati membri avessero eventualmente già riconosciuto ai consumatori lesi da una pratica commerciale vietata.

È bene sottolineare sin da subito che il legislatore italiano aveva taciuto le possibili conseguenze giuridiche di diritto privato del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette.

L'art. 19, comma 2, lett. a) del codice del consumo, infatti, ripeteva e ripete pedissequamente la disposizione della direttiva, e stabilisce che le norme sulle pratiche sleali non pregiudicano «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto».

Pertanto, il problema di fondo che si palesava agli interpreti era domandarsi se, nell'ipotesi di pratiche commerciali sleali, fossero applicabili i rimedi tradizionali, contrattuali e non, al negozio a valle della pratica commerciale⁶⁷.

Oggi, come anticipato, i termini del problema sono mutati.

E ciò in quanto l'attuale comma 15-bis dell'art. 27 cod. Consumo, nel contemplare espressamente la possibilità, per i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali, di adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, risolve la questione relativa all'*an* della tutela, ma non quella relativa al *quomodo* dei rimedi privatistici esperibili dai consumatori.

Nonostante le innovazioni introdotte dalla normativa di recente emanazione, soprattutto in materia di rimedi privatistici, sembra tuttavia ancora corretto ritenere che il nostro legislatore abbia compiuto un tacito rinvio al sistema complessivamente considerato⁶⁸, addossando all'interprete il compito di stabilire il preciso rapporto tra il

⁶⁷ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, op. cit., definisce "clamoroso" il silenzio del legislatore in ordine ai rimedi accessibili dal singolo consumatore leso da una pratica commerciale scorretta.

⁶⁸ Così M. R. MAUGERI, *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.

divieto di pratiche scorrette, la disciplina generale dei contratti e quella della responsabilità civile.

CAPITOLO I

Le pratiche commerciali scorrette. Inquadramento della fattispecie

SOMMARIO: 1. Premessa: la definizione di «pratica commerciale» e la sua latitudine spazio-temporale. – 1.1 (*Segue*) La nozione di «pratica commerciale» alla luce della recente giurisprudenza – 2. Il generale divieto di pratiche commerciali scorrette: art. 20 cod. consumo. – 3. Pratiche sleali: elementi costitutivi. – 3.1 La contrarietà a «diligenza professionale». Differenze con l'art. 1176 cod. civile. – 3.2 L'idoneità

a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore. – 4. L’agire secondo correttezza e buona fede. Il rapporto tra il divieto di pratiche commerciali scorrette e le clausole di cui agli artt. 1175 e 1337 cod. civile. – 5. I soggetti: il professionista. – 5.1 La qualifica di professionista riconosciuta in capo alle Università (statali e non statali) – 6. Il consumatore. Il consumatore medio come parametro di valutazione per la scorrettezza di una pratica commerciale. – 6.1 Il consumatore vulnerabile. – 6.2 Il condominio consumatore – 7. Le microimprese. – 7.1 I Consorzi - 8. Individuazione dei tipi: azioni ingannevoli ed omissioni ingannevoli. – 8.1 Le pratiche commerciali aggressive. – 9. I margini di discrezionalità di cui gode l’interprete nell’individuazione di altri tipi di pratiche commerciali vietate.

1. Premessa: la definizione di «pratica commerciale» e la sua latitudine spazio-temporale

Il Titolo III del codice del consumo si apre con l’art. 18 dedicato alle «Definizioni». Necessario punto di partenza per comprendere le fattispecie oggetto del presente esame è proprio la definizione di «pratica commerciale», la quale consiste in «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori» (art. 18 lett. d) cod. consumo).

Si tratta di una nozione particolarmente ampia⁶⁹, essenzialmente ricalcata su quella contenuta nell’art. 2 lett. d) della direttiva 2005/29/CE. Tuttavia, rispetto a quest’ultima, il legislatore italiano ha preferito qualificare una condotta posta in essere dal professionista come «pratica commerciale» sulla base della semplice relazione della condotta stessa con la promozione vendita o fornitura di un prodotto, rinunciando al requisito della «diretta connessione».

Occorre domandarsi se la variante terminologica adottata dal nostro legislatore implichi un mutamento nell’ambito di operatività della normativa in esame.

Parte della dottrina⁷⁰ ha ravvisato in tale scelta la volontà di estendere l’ambito di applicazione della disciplina sulla pratiche commerciali scorrette a tutte le attività in

⁶⁹ Come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; si veda ad es. CG 14.1.2010, in causa C-304/08 *Plus Warenhandels-gesellschaft*, punti 36 e 39.

⁷⁰ L. ROSSI CARLEO, *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.

grado di influenzare le decisioni di mercato del consumatore, a prescindere dal fatto che esse siano poste in essere al fine di promuovere un prodotto.

A respingere l'idea che siano incluse nella sfera di operatività della disciplina anche le pratiche dei professionisti volte solo in via «mediata» alla commercializzazione di un prodotto è quella dottrina⁷¹ che fa leva sul rapporto tra disciplina comunitaria e disciplina interna. Ricomprendere nella nozione di pratica commerciale, estendendone così la portata, condotte tenute dai professionisti che non siano immediatamente collegate alla commercializzazione del prodotto sarebbe un'operazione incompatibile con la natura della direttiva 2005/29/CE che, essendo di armonizzazione massima, impedisce agli Stati membri di ampliare o restringere il livello di tutela accordato ai consumatori. Ne deriva che è soltanto alla luce delle finalità e della *ratio* della direttiva che è possibile stabilire se la condotta del professionista possa essere qualificata come «pratica commerciale».

Quale connotazione giuridica assuma tale condotta non è rilevante; essa può consistere tanto in dichiarazioni quanto in comportamenti materiali, sia in azioni che in omissioni. L'art. 19 cod. consumo chiarisce la latitudine spazio-temporale della pratica commerciale, ammettendo che essa possa realizzarsi «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto».

La norma in esame non si riferisce ad una fase negoziale precisa, pertanto rilevano sia le condotte del professionista poste in essere in vista della possibile conclusione di un contratto con il consumatore (e a prescindere dal fatto che il contratto venga poi effettivamente concluso), sia quelle che non hanno contenuto negoziale.

Nell'ipotesi in cui il professionista voglia concludere un contratto con il consumatore, del tutto irrilevanti sono il contenuto, la causa e l'oggetto del contratto medesimo,

⁷¹ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art.18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1, c. cons.)*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 99 ss.

risultando sufficiente che esso abbia ad oggetto una o più prestazioni di dare o fare nei confronti di un consumatore⁷².

Non è poi necessario che si tratti di condotte finalizzate alla stipulazione di contratti; la definizione di pratica commerciale, richiamando espressamente la comunicazione commerciale⁷³ e la pubblicità, prende in considerazione anche situazioni che prescindono da un contatto tra le parti, purché anch'esse si rivelino idonee a falsare le scelte economiche del consumatore⁷⁴.

Si spazierebbe così dalla pubblicità alla fase precontrattuale e dalla conclusione alla esecuzione del contratto⁷⁵.

Per quanto attiene alla fase dell'esecuzione del contratto o post-contrattuale, si può pensare a pratiche che incidano slealmente sulla scelta del consumatore di esercitare o meno un diritto o di far valere una tutela⁷⁶, purché inerenti all'operazione commerciale effettuata.

In definitiva, al fine di qualificare come pratica commerciale la condotta del professionista, si rivela indispensabile l'esistenza di un legame oggettivo tra la condotta stessa e l'instaurazione o esecuzione di un rapporto contrattuale con il consumatore (e le microimprese), e più in generale con la commercializzazione di un bene o servizio⁷⁷.

⁷² Cfr. G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013, p. 124.

⁷³ Per la definizione di comunicazione commerciale si veda M.L. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 107. L'A. precisa che con la locuzione comunicazione commerciale «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».

⁷⁴ In tal senso E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori*, op.cit., cit. p. 104.

⁷⁵ Così L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa*, 1/2007, p. 39 ss.

⁷⁶ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori*, op.cit., cit. p. 105.

⁷⁷ In tal senso G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, op. cit., p. 124.

1.1 (Segue) La nozione di «pratica commerciale» alla luce della recente giurisprudenza

Quanti consumatori debbono essere raggiunti dalla condotta del professionista, affinché essa possa essere qualificata come pratica commerciale?

Sicuramente pochi dubbi interpretativi sollevano le condotte c.d. «seriali», cioè poste in essere nei confronti di una pluralità di persone o comunque tenute in più occasioni⁷⁸. E così, ad esempio, costituisce pratica commerciale l'offerta di prodotti a costi così bassi da consentire di qualificare la relativa vendita come «vendita sottocosto», e ciò in quanto il professionista si avvale di una tecnica di richiamo nei confronti della platea dei consumatori che così vengono indotti agli acquisti⁷⁹.

Altresì pone in essere una pratica commerciale il professionista che annuncia la «svendita totale» della merce del proprio negozio pubblicizzandola con pannelli recanti formule del tipo «fuori tutto»⁸⁰.

Sono pratiche commerciali anche le comunicazioni commerciali relative all'offerta di viaggi turistici pubblicate in uno o più quotidiani⁸¹.

Gli esempi forniti dalla giurisprudenza potrebbero continuare⁸², ma è bene notare che le fattispecie prese in considerazione si caratterizzano per qualificare come pratiche commerciali le condotte dei professionisti che si rivolgono ad un gruppo indeterminato di destinatari o comunque che si ripetono nei confronti di più di un consumatore.

⁷⁸ Cfr. G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, op. cit., l'A. pone come esempi di questo tipo di pratiche commerciali i messaggi pubblicitari trasmessi in televisione e per questo rivolti ad un vasto pubblico, i *depliant* pubblicitari recapitati presso il domicilio dei consumatori e le comunicazioni commerciali effettuate via *e-mail* grazie alle *mailing list* a disposizione del professionista.

⁷⁹ Sentenza CG 7.3.2013, in causa C-343/12, *Euronics Belgium*).

⁸⁰ Sentenza CG 17.1.2013, in causa C-206/11, *Köck*.

⁸¹ Sentenza CG 12.5.2011, in causa C-122/10,

⁸² Si veda ad es. la sentenza 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 riconosce la qualifica di pratica commerciale alle c.d. «offerte congiunte», che sussistono tutte le volte in cui un professionista offre un prodotto subordinandone l'acquisto, a titolo oneroso o gratuito, di altro prodotto o di altro titolo da parte del consumatore. O ancora la sentenza CG 15.12.2011, in causa C-126/11, *Inno*, che qualifica pratica commerciale la comunicazione, da parte della società proprietaria di una catena di negozi, ai clienti titolari di «carte fedeltà» di sconti e promozioni che verranno effettuati in determinate giornate.

Quid iuris allorché la condotta sia diretta ad un unico e solo consumatore e dunque si riferisca ad un isolato rapporto contrattuale, da instaurarsi o già instaurato?

La dottrina ha generalmente escluso la possibilità di qualificare come «pratiche» i comportamenti sporadici; essendo il fine della direttiva quello di correggere le distorsioni del mercato, causate da comportamenti capaci di minare la libertà di autodeterminazione degli individui.

Le pratiche, per essere vietate, devono raggiungere un livello socialmente apprezzabile e dunque superare una sorta di soglia *de minimis*.

La condotta del professionista del tutto occasionale, o addirittura eccezionale, non sarebbe in grado di alterare in modo apprezzabile il comportamento del consumatore⁸³.

La giurisprudenza italiana si è mostrata sul punto incerta.

In un noto caso inerente ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui, il T.A.R. ha escluso che possa essere qualificata come pratica commerciale una condotta del professionista che non sia posta in essere reiteratamente e con carattere di apprezzabile omogeneità⁸⁴.

Una sentenza di poco successiva afferma l'irrilevanza del numero di consumatori/clienti interessati dalla condotta imprenditoriale al fine di qualificare quest'ultima come pratica commerciale⁸⁵.

Una recente pronuncia della Corte di Giustizia⁸⁶ sembra fare chiarezza intorno ai dubbi interpretativi sollevati e fornire la risposta ai quesiti che sono stati posti in questa sede. Il caso di specie riguarda la comunicazione, da parte del professionista ad un unico consumatore, di erronee informazioni riguardanti la durata del loro rapporto contrattuale, dopoché il consumatore aveva espresso la volontà di recedere dal

⁸³ In tal senso M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commentata*, 5/2009.

⁸⁴ TAR Lazio – Roma, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692, *Intesa Sanpaolo*. Nella sentenza si può leggere infatti 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 dall’operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità”.

⁸⁵ TAR Lazio – Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, *Energas*.

⁸⁶ Sentenza CG 16.4.2015, in Causa C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. UPC Magyarország Kft.*, EU:C:2015:225.

contratto. Tralasciando i dettagli della vicenda, importa qui dire che è stato chiesto alla Corte di chiarire se il concetto di pratica commerciale comprenda anche un atto isolato lesivo dell'interesse di un solo consumatore.

Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale ha escluso che si potesse offrire una risposta affermativa al quesito posto, ponendo due argomenti a fondamento delle sue ragioni.

In primo luogo è stato osservato come sia lo stesso termine «pratica» a limitare intrinsecamente i tipi di comportamenti che possono essere ricompresi nell'ambito operativo della direttiva. La condotta del professionista che si verifica una volta sola, per poter essere qualificata come pratica, deve quantomeno essere indirizzata ad un numero indeterminato di consumatori al fine di acquisire un significativo grado di «rilevanza commerciale». Nel caso in cui la condotta sia diretta ad un consumatore singolo, il comportamento deve essere ricorrente e dunque essere ripetuto nei confronti di più di un consumatore, solo così potrà corrispondere al termine «pratica».

In secondo luogo l'Avvocato Generale ha attribuito importanza decisiva al rapporto tra la direttiva e il diritto contrattuale e nello specifico all'art. 3 dir. 05/29, che specificatamente prevede che la direttiva è senza pregiudizio per la disciplina contrattuale e per le azioni individuali dei singoli soggetti. Dunque non spetterebbe alla normativa comunitaria fornire rimedi nei singoli casi poiché, come è stato rilevato anche da più commentatori⁸⁷, essa mira a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori. Perciò i rimedi volti a contrastare una singola condotta sleale del professionista devono essere garantiti dal diritto nazionale dei contratti. Per queste ragioni, a parere dell'Avvocato Generale, deve escludersi che il comportamento rivolto verso il singolo consumatore possa essere qualificato come pratica commerciale⁸⁸.

Le Conclusioni dell'Avvocato Generale sono state clamorosamente smentite dalla sentenza della Corte di Giustizia.

⁸⁷ Si veda ad es. nella letteratura straniera B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, in *Hart Publishing*, Oxford 2011, pg. da 247 a 248.

⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, presentate il 23.10.2014, Causa C-388/13 UPC Magyarország kft c. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, par. 36, EU:C:2014:2323.

Prima di tutto la Corte ha rilevato che l'ambito di applicazione «*ratione materiae*» della direttiva è particolarmente esteso ed il solo criterio indicato per stabilire se una condotta possa essere qualificata come «pratica commerciale» riguarda la connessione tra di essa e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto.

Inoltre, la direttiva non contiene nessun appiglio testuale per richiedere che l'azione o l'omissione del professionista debba presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore⁸⁹.

Ne consegue che la circostanza che la condotta del professionista abbia interessato un solo consumatore è del tutto irrilevante, poiché in caso contrario potrebbero presentarsi gravi inconvenienti, tra cui l'onere, in capo al consumatore, di dimostrare che altri privati siano stati lesi dal medesimo operatore, sebbene, di fatto, tale prova sia estremamente difficile da fornire (e non richiesta dalla lettera della legge).

In definitiva non deve ritenersi esistente alcuna soglia, in termini di «frequenza» o di numero di consumatori raggiunti dalla pratica commerciale posta in essere dal professionista, superata la quale sia possibile includere nella sfera di applicazione della direttiva un atto o un'omissione del professionista stesso.

Secondo la Corte tale interpretazione si rende necessaria alla luce del principio di certezza del diritto⁹⁰ e in funzione dell'esigenza di garantire un elevato livello di tutela del consumatore, così come previsto dall'art. 1 dir. 05/29.

La recente dottrina⁹¹, nel commentare la sentenza in esame, non ha esitato ad esprimere il più totale disaccordo in merito alla decisione della Corte. Aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Generale, si è sottolineato come l'interpretazione della Corte rischi di trasformare la portata della direttiva. Seguendo tale via interpretativa, si dovrebbe

⁸⁹ Il rilievo viene compiuto anche da G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, op. cit., p. 124, dove si aggiunge che escludere dalla nozione di pratica commerciale le condotte tenute nei confronti di singoli consumatori, o comunque *una tantum*, «risulta incompatibile con il diritto UE, in quanto idoneo a condurre ad una restrizione dell'ambito di operatività delle norme interne di recepimento della direttiva».

⁹⁰ Come infatti si può leggere direttamente dalle motivazioni della sentenza CG 16.4.2015, in Causa C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. UPC Magyarország Kft.*, : “Orbene, alla luce della finalità di tutela del consumatore posta alla base della suddetta direttiva, queste disposizioni non possono essere interpretate nel senso che impongono condizioni di tal tipo, quando invece non le indicano in maniera esplicita”.

⁹¹ B. KEIRSBILCK, *The UCPD's notion of “commercial practice”*: *UPC Magyarország*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 527-542.

abbandonare il parametro del consumatore medio in relazione alla valutazione della slealtà di una pratica e si dovrebbe considerare la direttiva come uno strumento del diritto privato «tradizionale», direttamente connesso con la protezione degli interessi individuali dei singoli consumatori; cosa che in realtà non sembra essere⁹².

Non foss'altro perchè il criterio del consumatore medio riguarda l'aspetto funzionale di una pratica commerciale scorretta (la capacità di fuorviare) e non anche l'aspetto strutturale (carattere costante o sporadico del comportamento).

Ad ogni modo, sia consentita un'osservazione: il criterio del consumatore medio, come si dirà più avanti, è stato pensato per coniugare le esigenze delle imprese con quelle dei consumatori, ma non è perfetto. L'interpretazione della Corte non impone di abbandonare *tout court* tale criterio, ma piuttosto di adattarlo alle circostanze del caso concreto per assicurare una tutela effettiva ai consumatori. Certamente questo dato è in grado di favorire una rilettura in chiave soggettivistica dell'intera disciplina, ma non è detto che questo sia un criterio interpretativo completamente sbagliato o fuorviante. D'altronde, almeno in questo caso, le esigenze di mercato hanno ceduto il passo alla tutela del consumatore.

2. Il generale divieto di pratiche commerciali scorrette: art. 20 cod. consumo

L'art. 20 cod. consumo pone a carico del professionista il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, dettando i parametri in applicazione dei quali è possibile stabilire quando detto divieto possa considerarsi violato.

Per comprendere l'ambito di operatività della norma in esame, sembra utile partire dalla sua struttura.

Dopo aver enunciato il generale divieto di porre in essere pratiche commerciali che non siano corrette, l'art. 20, secondo comma, contiene una definizione di carattere

⁹² B. KEIRSBILCK, *The UCPD's notion of "commercial practice"*: *UPC Magyarország*, op. cit., p. 540; inoltre l'A. aggiunge che «l'opinione della Corte in merito all'applicazione della disciplina a condotte isolate dirette ad un singolo consumatore, va al di là di quanto è necessario a garantire un elevato livello di protezione del consumatore».

“generale”, chiarendo che il divieto concerne ogni pratica che sia contraria alle norme di diligenza professionale e falsi, o sia idonea a falsare, in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, in relazione al prodotto. Vengono poi individuate due categorie particolari di pratiche sleali, le «pratiche ingannevoli» (art. 20, quarto comma, lett. a) cod. consumo) e le «pratiche aggressive» (art. 20, quarto comma, lett. b) cod. consumo), nonché due “liste nere”⁹³ di pratiche vietate «in ogni caso», perché considerate dalla legge stessa come ingannevoli o aggressive (art. 20, quinto comma, cod. consumo).

Di questo complesso normativo vengono fornite, essenzialmente, due interpretazioni. Per una parte della dottrina⁹⁴, la norma generale di cui all’art. 20 secondo comma avrebbe valore residuale e «sussidiario», trovando applicazione solo in quei casi che non rientrino nelle fattispecie già analiticamente descritte come «azioni o omissioni ingannevoli» o come «pratiche commerciali aggressive» (secondo il consueto rapporto tra norma generale e norma speciale).

Altra dottrina ritiene che la norma generale sia invece il fondamento dell’intero impianto normativo.

L’importanza e «l’assoluta centralità» della clausola generale erano già state sottolineate in riferimento all’art. 5 della direttiva 05/29 ma, a ben vedere, la stessa dottrina che ne aveva ravvisato l’importanza, finiva per attribuire alla clausola generale valore sussidiario, specificando che essa è destinata a trovare applicazione in tutte quelle ipotesi per le quali non si disponga di alcuna difesa o previsione specifica⁹⁵.

⁹³ Le c.d. *black list* sono contenute negli articoli 23 e 26 del codice del consumo.

⁹⁴ Così E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007, p. 175. Ma soprattutto G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 141, l’A. aggiunge che la nozione generale, proprio in virtù del suo valore residuale, sia «verosimilmente destinata a rivestire un ruolo piuttosto marginale, sia perché l’attenzione degli operatori si concentrerà sicuramente, in prima battuta, sulle singole fattispecie analiticamente descritte negli artt. 23 e 26 cod. consumo, sia perché le categorie speciali di pratiche ingannevoli e aggressive vengono individuate e delineate negli artt. 21, 22 e 24 del cod. consumo, in termini particolarmente ampi ed elastici».

⁹⁵ In tal senso L. G. VIGORITI, *Verso l’attuazione delle direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit., p. 532-533.

Per affermare la centralità della norma generale appare allora necessario rinunciare all'applicazione del principio di specialità e considerare in questo modo le azioni ingannevoli e le pratiche aggressive già individuate come applicazioni particolari della nozione generale, utilizzando lo schema logico «norma generale fondamentale/norme esemplificative»⁹⁶.

A fondamento di tale impostazione si adducono ragioni di coerenza sistematica; la via intrapresa dalla dottrina che legge le norme sulle pratiche commerciali alla luce del criterio di specialità porterebbe all'abrogazione della norma generale. Essendo difficile immaginare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette che non siano aggressive o ingannevoli, e come tali disciplinate da norme più dettagliate rispetto a quella generale, la disposizione generale finirebbe per non venire mai applicata poiché destinata ad operare solo in presenza di «pratiche scorrette di *tertium genus*», di cui non è facile rinvenire traccia⁹⁷.

Le conseguenze applicative di queste due impostazioni dottrinarie, in termini di valutazione del requisito della scorrettezza, sono divergenti e dunque si rende opportuno darne conto.

Seguendo il primo filone interpretativo, il procedimento per valutare se una determinata pratica commerciale abbia o meno natura scorretta dovrà partire dalle c.d. liste nere. Così, in primo luogo, si renderà necessario verificare se la pratica si presti ad essere inquadrata in una delle previsioni contenute negli artt. 23 e 26 del cod. consumo e, qualora la verifica abbia dato esito positivo, proseguire considerando senz'altro la pratica scorretta, a prescindere dalle ripercussioni avute sui consumatori nei confronti dei quali sia stata posta in essere. In altri termini, se una pratica commerciale presenta le caratteristiche individuate in una delle ipotesi contenute nelle c.d. liste nere, dovrà reputarsi in ogni caso scorretta, a prescindere dall'accertamento

⁹⁶ Così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, p. 27 ss.

⁹⁷ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, op. cit., cit. p. 32-33.

della sua contrarietà alla diligenza professionale nonché della sua attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore⁹⁸.

Qualora, per contro, la pratica risulti insuscettibile di essere ricompresa nelle c.d. *black list*, si tratterà di verificare se essa presenti i caratteri di una pratica commerciale ingannevole (ai sensi degli artt. 21 e 22 cod. consumo) o aggressiva (ai sensi degli artt. 24 e 25 cod. consumo). Se la verifica ha esito positivo la pratica è da considerarsi senz'altro scorretta; se invece anche questo tipo di accertamento dovesse avere esito negativo, si renderà possibile e necessario il ricorso alla clausola generale di cui all'art. 20 cod. consumo.

A conclusioni diametralmente opposte giunge la seconda linea interpretativa.

In primo luogo viene rilevato il carattere «trasversale» dei requisiti compresi nella clausola generale, in particolar modo dell'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore, risultando essi applicabili all'intera disciplina⁹⁹. Ne consegue che i requisiti della contrarietà a diligenza professionale e dell'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore debbano ricorrere tanto per le pratiche ingannevoli e aggressive non rientranti nelle liste nere, quanto per quest'ultime. In questo modo si afferma una presunzione di coerenza tra principio generale e disposizione speciale soltanto relativa, con l'effetto che anche un'azione ingannevole o aggressiva rientrante nella *black list* possa risultare estranea al divieto di pratiche commerciali scorrette, se priva della capacità di falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore ovvero priva di contrarietà alla diligenza professionale.

Pur volendo considerare la presunzione legale in esame come assoluta e non relativa¹⁰⁰, sia lecito domandarsi per quale motivo una pratica commerciale inidonea a

⁹⁸ G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, op. cit., p. 139-140, l'A. inoltre ritiene che «una pratica suscettibile di essere ricondotta ad una delle previsioni degli artt. 23 e 26 cod. consumo deve ritenersi scorretta anche se, in sé e per sé considerata, non si presterebbe ad essere qualificata come «ingannevole» a norma degli artt. 21, commi 1 e 2, e 22 cod. consumo, né come «aggressiva» a norma dell'art. 24 cod. consumo, né tanto meno come «scorretta» ai sensi della «definizione generale» di cui al comma 2, dell'art. 20 cod. consumo».

⁹⁹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, op. cit., p. 39 ss.

¹⁰⁰ Così la dottrina maggioritaria, tra cui M. RABITTI, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 20 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p.

falsare il convincimento economico del consumatore debba essere considerata in ogni caso vietata.

Un'interpretazione intermedia, che tuttavia non scioglie tutti i dubbi interpretativi, assegna alla clausola generale un ruolo centrale, e ritiene che intorno ad essa ruotino le fattispecie tipiche in funzione esemplificativa, alle quali è riconosciuto un effetto specifico e cioè quello di agevolare il consumatore sul piano dell'onere della prova del carattere scorretto della pratica commerciale, o meglio, di rendere più difficile al professionista fornire la prova contraria, esclusa per le ipotesi di cui agli artt. 23 e 26 cod. consumo¹⁰¹.

3. Pratiche sleali: elementi costitutivi

Dopo aver cercato di chiarire la portata ed il valore sistematico della clausola generale, si rende opportuno domandarsi quale sia il concetto di slealtà che il legislatore abbia inteso porre a fondamento dell'intera disciplina.

Preliminarmente si può osservare che la normativa in esame pone a carico dei professionisti il divieto di porre in essere pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori.

Il legislatore non ha dunque previsto un obbligo di contenuto positivo, definendo quali caratteristiche una pratica commerciale debba avere per essere considerata leale, bensì individua i parametri per stabilire quando essa sia scorretta.

A prima vista il legislatore fornisce un'ampia definizione di pratica scorretta, in cui ricorrono due elementi.

E infatti, a norma dell'art. 20, secondo comma, cod. consumo è da ritenersi scorretta una pratica commerciale che sia:

147, dove espressamente è detto, nel commentare l'art. 20 cod. consumo, che «l'enunciato dell'ultimo comma lascia pensare, infatti, che si tratti di una presunzione legale assoluta e non relativa».

¹⁰¹ In tal senso C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 775 s.

- a) contraria alla diligenza professionale
- b) falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori.

A ben vedere la definizione di slealtà è elusiva¹⁰².

La nozione di pratica scorretta è costruita intorno a clausole generali che, come tali, danno vita a nozioni giuridiche indeterminate¹⁰³.

Nel domandarsi quando e a quali condizioni una pratica commerciale possa considerarsi contraria a diligenza professionale l'interprete dovrà sciogliere diversi nodi interpretativi legati all'elevato numero di clausole generali contenute nella definizione della stessa.

E così, il riferimento ai principi generali di correttezza e buona fede non fa che complicare il quadro normativo, contribuendo a rendere più difficile l'individuazione dei parametri in base ai quali stabilire la contrarietà della pratica alla diligenza richiesta al professionista.

Per quanto riguarda il secondo requisito, risulta difficile stabilire in che modo la scelta del consumatore risulti falsata; sul punto nemmeno l'art. 18 lett. e), nel chiarire cosa debba intendersi per "falsare" il comportamento economico dei consumatori, sembra offrire parametri d'indagine sicuri.

Un ulteriore problema interpretativo, già messo in luce dalla dottrina, consiste nello stabilire se per integrare una pratica commerciale scorretta le condizioni appena esposte debbano ricorrere congiuntamente o separatamente.

¹⁰² Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2010.

¹⁰³ Cfr. M. SCALI, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 18, comma 1, lettera h) cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 76.

Inizialmente si può rilevare che ci troviamo di fronte ad un «illecito di pericolo»¹⁰⁴, tale per cui non è necessario il verificarsi dell'effetto lesivo al fine della rilevanza giuridica della fattispecie.

Ciò premesso la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che per l'applicazione della fattispecie in esame le caratteristiche sopra viste debbano ricorrere cumulativamente e non alternativamente¹⁰⁵. Inoltre, la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie, deve essere accertata «in concreto», tenendo conto di tutte le circostanze e peculiarità che caratterizzano il caso di specie¹⁰⁶.

Dalle brevi considerazioni sopra svolte, emerge la complessità del sistema normativo all'interno del quale l'interprete si trova a dover operare. Se è vero che le clausole generali e le nozioni giuridiche indeterminate concedono agli interpreti ampi margini di flessibilità, nondimeno esse contribuiscono ad instillare dubbi interpretativi che il dettato legislativo non sempre aiuta a risolvere. Si renderà allora necessario fare precipuo ricorso alla *ratio* e alle finalità della disciplina in esame per verificare l'esatta portata della nozione di pratica sleale e soprattutto per comprenderne le conseguenze¹⁰⁷.

Per tutte queste ragioni conviene esaminare singolarmente i requisiti richiesti dal legislatore per valutare la scorrettezza di una certa pratica commerciale.

¹⁰⁴ Così V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, p. 94. Come sottolinea l'A. non è dunque necessario che la pratica abbia prodotto il suo effetto lesivo, ma solo che sia idonea a produrlo.

¹⁰⁵ In tal senso G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 145. Si veda a tal proposito anche L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione delle direttive sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 533; ed anche E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 174. M. SCALI, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 18, comma 1, lettera h) cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, qui l'A. afferma che i due presupposti che valgono a fondare la nozione generale di pratica scorretta non possono essere considerati separatamente, in quanto aspetti della medesima violazione. Da ciò deriva l'impossibilità di configurare una pratica idonea a falsare il comportamento economico del consumatore che non sia anche contraria a diligenza professionale. Nella letteratura straniera si veda sul tema ad es. J. MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las practicas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, p. 58.

¹⁰⁶ Così F. LUCCHESI, in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva, sub art. 18 cod. consumo*, a cura di G. VETTORI, Cedam, 2009.

¹⁰⁷ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., p. 145 ss.

3.1 La contrarietà a «diligenza professionale». Differenze con l'art. 1176 cod. civile

L'art. 18, lett. h), cod. consumo stabilisce che la diligenza professionale è «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».

Tale definizione presenta notevoli differenze rispetto a quella contenuta nell'art. 2 lett. h) della direttiva 05/29, che intende per diligenza professionale il «normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori» in conformità alle «pratiche di mercato oneste e al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista». In primo luogo è stato osservato come il grado di competenza ed attenzione, al cui rispetto sono tenuti i professionisti, secondo il legislatore nazionale è quello che i consumatori possono ragionevolmente attendersi da parte degli stessi, e non quello che si può ragionevolmente presumere venga adottato dal professionista nei confronti del consumatore (come invece previsto dalla direttiva). Dunque, a differenza di quanto previsto dal legislatore europeo, le ragionevoli aspettative in base alle quali valutare la diligenza cui è tenuto il professionista non sono quelle di un “osservatore terzo, neutro ed esterno”, ma bensì quelle dei consumatori nei cui confronti la pratica commerciale viene posta in essere¹⁰⁸.

Inoltre, in sede di recepimento della direttiva, si è scelto di sostituire i parametri alla stregua dei quali valutare le aspettative dei consumatori: il «principio generale di

¹⁰⁸ Così G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013, p. 156.

buona fede» è stato sostituito dai «principi di correttezza e buona fede» ed è scomparso il riferimento alle «pratiche di mercato oneste»¹⁰⁹.

Prima di valutare l'esatta portata del richiamo ai principi di correttezza e buona fede, è necessario interrogarsi su quale sia il rapporto che intercorre tra la diligenza richiamata dal codice del consumo e la diligenza richiesta al professionista a norma del codice civile, per verificare se sia possibile ricorrere a quest'ultima per riempire di contenuto la norma generale del codice del consumo.

L'art. 1176 cod. civile individua il grado di diligenza richiesto al debitore nell'adempimento di un'obbligazione. Com'è noto, l'adempimento consiste nell'esatta esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione ed il legislatore nazionale indica dei «criteri di condotta» per il debitore che si trova a dover adempiere¹¹⁰. Nell'eseguire la prestazione dovuta, il debitore dovrà utilizzare la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, primo comma, cod. civile), cioè una diligenza nella media, buona ma non eccezionale¹¹¹. La figura del buon padre di famiglia non si esaurisce nel concetto di «uomo medio», rivelandosi piuttosto come un modello di cittadino offerto dalla società in cui vive, modello per sua natura destinato a variare secondo i tempi, le abitudini sociali e gli sviluppi economici e politici¹¹². La mancanza di una definizione legislativa della diligenza è colmata dalla Relazione al codice civile, nella quale si precisa che il criterio della diligenza «riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che

¹⁰⁹ Sull'argomento si veda ad es. L. DI NELLA, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, a cura di G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, Napoli, 2008, p. 241, ove l'A. sostiene la necessità di continuare a tener conto del parametro delle pratiche commerciali oneste al fine di valutare la condotta tenuta dal professionista, egli inoltre si mostra critico nei confronti della scelta del legislatore italiano di abbandonare tale riferimento e suggerisce di risolvere la questione interpretativa facendo ricorso ad un'interpretazione conforme alla direttiva. *Contra* G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, *op. cit.*, il quale sostiene che a rigore non si dovrebbe tener conto del parametro delle pratiche di mercato oneste dal momento che il legislatore italiano non ne ha fatto riferimento nella norma interna.

¹¹⁰ P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, XIII edizione, Cedam, 2011, p. 319 ss.

¹¹¹ La nozione di diligenza del buon padre di famiglia affonda le sue radici nel diritto romano, ove il «bonus» o «diligens pater familias» è l'uomo mediamente diligente. Si veda ad es. Gai. D. 18,1,35,4; Ulp. D. 13,7,22,4.

¹¹² Così la *Relazione al codice civile*, cit. par. 559.

concorrono a determinarlo». Da tale definizione emerge la necessità di commisurare il grado di diligenza richiesto al tipo di rapporto che viene in considerazione e per questo, nel secondo comma dell'art. 1176, è specificato che, qualora si tratti di obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve essere valutata avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata. L'art. 1176, 2° comma, rappresenta dunque un'integrazione al criterio del buon padre di famiglia: quando l'obbligazione riguarda un'attività professionale la diligenza richiesta non è quella ordinaria, bensì quella del buon professionista, che impone un adeguato sforzo tecnico ed un impiego di mezzi normalmente necessari ed utili in relazione alla natura dell'attività esercitata¹¹³. La valutazione della diligenza richiesta dovrà essere condotta sulla base delle regole tecniche di esercizio dell'attività d'interesse e dunque si dovrà rapportare l'onere di diligenza ad un debitore qualificato (ad es. un medico), che abbia una particolare perizia nel campo in cui opera¹¹⁴.

In definitiva l'art. 1176 impone al debitore un certo *standard* di attenzione nell'adempire una determinata obbligazione; esso può risolversi tanto nella diligenza generica di cui al primo comma quanto nella diligenza professionale prevista dal secondo comma, ma in ogni caso impone al debitore di non attenersi ad un grado di diligenza inferiore a quello di volta in volta richiesto, e questo, per non incorrere in responsabilità da inadempimento¹¹⁵.

Inoltre, il concetto di diligenza richiama a sé il concetto di colpa; di fatto la violazione di un obbligo di diligenza cagionato da negligenza, imprudenza o imperizia consente di qualificare come colposa, a norma dell'art. 2043 cod. civile, la condotta del soggetto che, con il proprio comportamento, abbia cagionato ad altri un danno ingiusto.

Si rende opportuno sottolineare fin da subito che parte della dottrina esclude ogni tipo di legame tra il concetto di diligenza professionale delineato nel codice del consumo

¹¹³ Cfr. ad es. Cass., 21 maggio 2008, n. 24791.

¹¹⁴ Per un approfondimento sull'argomento si veda L. DELLI PRISCOLI, *Professionalità e diligenza del professionista*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 449 ss.

¹¹⁵ La responsabilità da inadempimento è disciplinata dall'art. 1218 cod. civile, il quale prevede che: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

ed il grado di diligenza richiesto dall'art. 1176 cod. civile per l'adempimento delle obbligazioni (ed in particolare dal secondo comma di esso)¹¹⁶. Secondo tale orientamento, la nozione di diligenza professionale è destinata a riempirsi di contenuti propri soltanto della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, godendo di piena autonomia non soltanto rispetto alla diligenza intesa come parametro di valutazione dell'esatto adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, ma anche rispetto al concetto di colpa che rileva ai fini dell'illecito civile¹¹⁷.

Com'è stato sapientemente rilevato¹¹⁸, il limite di questa dottrina consiste nel dire cosa la diligenza del professionista non è (non è la diligenza dell'art. 1176 cod. civile), ma non propriamente in cosa essa consista.

Nella ricostruzione di ciò che debba intendersi per contrarietà a diligenza professionale, ai sensi dell'art. 20 cod. consumo, si rende allora necessario fare riferimento alla *ratio* della normativa sulle pratiche commerciali scorrette.

Ai fini dell'applicazione delle norme del codice del consumo non è sufficiente che una delle parti del rapporto sia un consumatore, ma occorre altresì che l'altra parte possa essere qualificata come professionista. Le norme in materia di pratiche sleali nascono dalla constatazione che in alcune situazioni una delle parti del contratto, per l'appunto il professionista, disponga di un potere contrattuale nettamente maggiore rispetto all'altra. Il potere contrattuale di cui si discute consiste nella possibilità, per una delle parti del rapporto, di concludere un contratto a condizioni a sé più vantaggiose rispetto a quelle che potrebbe ottenere nel caso di operazioni poste in essere in un mercato perfettamente concorrenziale, ove le informazioni necessarie a compiere scelte economiche razionali ed efficienti sono a disposizione di tutti gli operatori¹¹⁹. Lo

¹¹⁶ In tal senso G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, *op. cit.*; ed anche M. SCALI, in *Le modifiche al codice del consumo*, sub art. 18, comma 1, lettera h) *cod. consumo*, *op. cit.*

¹¹⁷ Per un riscontro di tale orientamento nella giurisprudenza si veda Consiglio di Stato, 31 gennaio 2011, n. 720, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 278.

¹¹⁸ Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *op. cit.*

¹¹⁹ Riporta tale definizione di potere contrattuale L. DELLI PRISCOLI, *Professionalità e diligenza del professionista*, *op. cit.*, p. 449–450, ove l'A. giustamente sottolinea come le condizioni più vantaggiose che il professionista può ottenere dalla conclusione del contratto non riguardano soltanto i prezzi dei

squilibrio di potere contrattuale risulta allora determinato dalla maggior quantità di informazioni che il professionista possiede, rispetto al consumatore, sulle condizioni di mercato in cui si trova ad operare.

Il legislatore si mostra consapevole del potere di mercato del professionista, e soprattutto della possibilità che quest'ultimo possa utilizzarlo in danno dei consumatori (e delle microimprese), non sempre in grado di compiere scelte razionali e consapevoli.

Al fine di porre rimedio alle irrazionalità del mercato e delle scelte negoziali del consumatore, il legislatore interviene a regolare le prassi delle imprese per evitare che la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto, diventino occasioni per sfruttare la razionalità limitata del consumatore stesso. Alcune volte lo fa attraverso il richiamo ai codici di condotta, altre volte essi non sono presenti.

Si rende necessario un criterio generale. Ed allora, alla luce della complessiva *ratio* della normativa, è possibile ricostruire la nozione di contrarietà a diligenza professionale come «approfittamento della razionalità limitata del consumatore»¹²⁰.

La teoria economica che sta alla base della normativa in esame non impone alcuno *standard* cui rapportarsi, essa ci dice che le operazioni di scambio poste in essere in forza dell'approfittamento della razionalità altrui non sono espressione di un incontro libero della domanda e dell'offerta e per questo solo giustificano un intervento correttivo¹²¹.

Alla luce di tali considerazioni, sembra corretto ritenere che la diligenza professionale, così come definita dall'art. 18 cod. consumo, abbia una portata più ampia rispetto alla diligenza di cui all'art. 1176 cod. civile in quanto non si limita a regolare l'adempimento delle obbligazioni, ma riguarda l'intero rapporto di consumo, dal contatto sociale sino all'eventuale momento patologico¹²².

beni o dei servizi forniti (c.d. equilibrio economico del contratto), ma anche le altre clausole dell'accordo come ad es. quelle in materia di recesso (c.d. equilibrio normativo del contratto).

¹²⁰ Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

¹²¹ Cfr. A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

¹²² In questi termini F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010.

Tale conclusione sembra coerente con le finalità della normativa europea in materia, che non sembra imporre uno standard qualitativo basato sulle pratiche commerciali di fatto seguite, anche se possibili, bensì da quelle “*consumer oriented*”, perchè ciò – in definitiva – può essere di incentivo all’efficienza del mercato europeo.

Rimane da chiarire in che modo il professionista debba attenersi ai principi di correttezza e buona fede nello svolgimento della sua attività, posto che essi fungono da parametro alle ragionevoli aspettative dei consumatori. Ma di questo si dirà più avanti.

3.2 L’idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore

La seconda parte della clausola generale richiede, al fine di valutarne la scorrettezza, l’idoneità della pratica commerciale a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. A chiarire il significato dell’espressione utilizzata dal legislatore interviene l’art. 18 lett. e) cod. consumo, in forza del quale falsare il comportamento economico significa «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».

L’interpretazione della norma va condotta avendo riguardo al bene giuridico tutelato dalla disciplina in esame, solitamente rintracciato nella libertà di scelta del consumatore¹²³. Ovviamente tutelare la libertà di scelta del consumatore non significa impedire alle imprese di fare ricorso al *marketing* al fine di suscitare desiderio ed interesse verso i propri prodotti, ma piuttosto significa impedire l’abuso di tali tecniche e garantire la più ampia consapevolezza possibile del consumatore che si determina alla scelta finale di acquisto¹²⁴.

¹²³ Così M. RABITTI, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 20 cod. consumo, op. cit.*, cit. p. 150.

¹²⁴ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, op. cit.*, cit. p. 56 ss., l’A. rileva come «Le scelte di consumo sono normalmente

Premesso ciò, è necessario evidenziare come nella definizione contenuta nell'art. 18 lett. e) cod. consumo, venga presa in considerazione soltanto l'idoneità della pratica commerciale ad alterare «la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole», e non anche l'idoneità della stessa ad alterare in altro modo il potere decisionale del consumatore. A seguito di tale considerazione, una parte della dottrina ha rilevato come un «problema di sussumibilità»¹²⁵ nella nozione generale di pratica scorretta, ai sensi dell'art. 20 cod. consumo, si ponga soltanto per le pratiche commerciali aventi effetto sulla consapevolezza delle decisioni commerciali dei consumatori, cioè solo per le pratiche ingannevoli¹²⁶. Al contrario, tale problema non si pone per le pratiche commerciali aggressive, specie per quelle che, attraverso molestie o coercizione, inducano il consumatore ad adottare una scelta diversa da quella che avrebbe compiuto, seppur consapevolmente¹²⁷. Tuttavia, una tale interpretazione risulta fortemente limitativa del divieto di pratiche scorrette sancito dall'art. 20 cod. consumo, tanto che altra parte della dottrina ha ritenuto di non dover assegnare una spiccata rilevanza all'aggettivo «consapevole»¹²⁸.

Poiché assume centralità l'effetto della pratica commerciale posta in essere dal professionista, che consiste nell'indurre il consumatore ad assumere una scelta diversa da quella che avrebbe altrimenti preso, la definizione generale di pratica scorretta non

frutto di un mix di scelte personali di affermazione e manifestazione esteriore della propria personalità e di condizionamenti sociali accettati per ragioni generali di appartenenza ad un certo ambiente. La disciplina delle PCS deve accettare questo dato, e non può porsi come obiettivo quello di tutelare un'astratta libertà assoluta dell'individuo nell'effettuazione delle proprie scelte di consumo. [...] Si deve dunque concludere che rimane fuori dal divieto tutto ciò che, nell'ambito della comunicazione d'impresa, contribuisce alla formazione delle mode e dei riferimenti culturali, che poi costituiscono le ragioni profonde delle scelte compiute dal consumatore finale».

¹²⁵ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., cit. p. 158.

¹²⁶ Secondo G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., ad incidere sulla consapevolezza delle decisioni dei consumatori sarebbero soltanto quelle pratiche commerciali che incidono sulle informazioni di cui i consumatori dispongono, i quali, travisando tali informazioni, non possono prendere decisioni con «cognizione di causa».

¹²⁷ Secondo la citata dottrina le pratiche commerciali aggressive incidono soltanto sulla libertà del consumatore, senza compromettere l'esattezza e la completezza delle informazioni in suo possesso e per questo motivo possono essere ritenute scorrette solo se rientrano in una delle previsioni delle liste nere, o se si prestano ad essere qualificate come aggressive ai sensi dell'art. 24 cod. consumo. Non si può però ritenere applicabile l'art. 20 cod. consumo.

¹²⁸ Così C. LO SURDO, in *Codice del consumo e norme collegate, sub. art. 20*, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 132, l'A. definisce «improprio» l'uso dell'aggettivo consapevole e «inaccettabile» l'interpretazione volta a limitare la portata del divieto di pratiche commerciali scorrette.

muta a seconda che si tratti di pratiche ingannevoli o aggressive¹²⁹. Di fatto, in entrambi i casi il consumatore agisce diversamente da come avrebbe fatto in assenza della pratica commerciale, con la sola differenza che nel caso di pratiche ingannevoli lo fa perché «indotto in errore», nel caso di pratiche aggressive perché ha subito una «limitazione della sua libertà di scelta o di comportamento».

Occorre porre in rilievo come la decisione del consumatore che si candida ad essere alterata sia quella di natura «commerciale». Il riferimento alla «decisione commerciale» si mostra coerente con l'intento del legislatore di guardare ai consumatori come ad operatori economici cui garantire un'adeguata informazione e protezione, ma al fine di incentivare il gioco della concorrenza e dunque l'efficienza del mercato¹³⁰.

Il significato dell'espressione «decisione di natura commerciale» è precisato dall'art. 18 lett. m) cod. consumo; essa consiste nella «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». La nozione si mostra di ampiezza tale da ricomprendere qualsiasi tipo di decisione negoziale che il consumatore potrebbe prendere, e dunque, riguardante non soltanto l' *an* della conclusione di un contratto, ma anche tutte le condizioni alle quali la stessa può essere realizzata, con riferimento alle clausole relative allo svolgimento del rapporto contrattuale, alla sua risoluzione e all'esercizio di diritti o facoltà conseguenti all'estinzione dello stesso¹³¹.

¹²⁹ C. LO SURDO, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 20, cit. p. 134.

¹³⁰ In questo senso anche P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 955, il quale sottolinea come il riferimento alla «decisione commerciale» pone in evidenza come la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette abbia ad oggetto il consumatore inteso come *homo oeconomicus*.

¹³¹ Osserva G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, op. cit, che la disposizione trova applicazione non soltanto quando «si rivela fondamentale nello spingere un consumatore ad accettare di concludere un contratto (che senza di essa mai sarebbe stato stipulato), a sciogliere un rapporto contrattuale precedentemente instaurato o ad esercitare un diritto del quale è titolare nei confronti della propria controparte, ma anche quando si dimostra decisiva nell'indurre un consumatore a rifiutare una proposta contrattuale o ad astenersi dal far valere un diritto o dal porre fine ad un rapporto contrattuale di durata, ovvero nel condurlo ad accettare l'inserimento di determinate

La Corte di Giustizia ha statuito che per «decisione di natura commerciale» debba intendersi la decisione del consumatore «relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni», ed inoltre ha sottolineato come tale nozione comprenda «non soltanto la decisione di acquistare o meno un prodotto, ma anche quella che presenta un nesso diretto con quest'ultima, ossia la decisione di entrare nel negozio»¹³². In questo modo viene confermato come la nozione di decisione di natura commerciale comprenda decisioni inerenti tanto alla fase precedente, quanto a quella coeva o successiva all'acquisto. D'altronde questo rilievo si pone in linea con quanto sancito dall'art. 19 cod. consumo che, con riguardo all'ambito di applicazione della normativa in esame, sancisce che essa trovi applicazione a tutte le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori poste in essere «prima, durante e dopo» un'operazione commerciale relativa ad un prodotto.

Le considerazioni sopra svolte aiutano a comprendere per quali ragioni non sia necessario il verificarsi dell'effetto lesivo al fine di ritenere integrato il requisito dell'idoneità della pratica a falsare il comportamento del consumatore. Essendo la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette «preordinata a prevenire distorsioni della concorrenza anche in una fase precedente a quella negoziale», necessariamente essa prescinde da un «concreto pregiudizio economico»¹³³ al fine di ritenere integrata la fattispecie in esame. Come già più volte ribadito dalla dottrina¹³⁴ e dalla giurisprudenza amministrativa, ci troviamo di fronte ad «illeciti di pericolo»¹³⁵.

La norma in esame richiede poi che la pratica, per essere qualificata come scorretta, risulti idonea a falsare (o abbia falsato) in misura «apprezzabile» il comportamento del consumatore. In questo modo il legislatore italiano traduce la regola *de minimis* che la

clausole nel regolamento negoziale destinato a disciplinare il rapporto contrattuale, a stipulare il contratto in determinati luoghi, e/o con determinate modalità, etc.».

¹³² Sentenza CG del 19.12.2013, in causa C-281/12, *Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. Coop. Arl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, par. 36.

¹³³ TAR Lazio – Roma, sez. I, 3 marzo 2010, n. 3287 in *Foro amm.*, 2010, 3, 184.

¹³⁴ Si rimanda ancora una volta a V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, op. cit.

¹³⁵ Si veda su tutte la sentenza TAR Lazio – Roma, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, *Enel*, in cui si afferma 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».

direttiva sembra imporre nel *considerando* n. 6¹³⁶, la quale porta ad escludere l'applicazione della disciplina a quelle pratiche che abbiano un impatto trascurabile. Viene lasciato in questo modo uno spazio di discrezionalità, in capo all'Autorità, in ordine alle fattispecie su cui intervenire.

Tuttavia, qui si pone un problema interpretativo di non poco conto.

Il “falsare in modo apprezzabile” il comportamento del consumatore va riferito al consumatore medio, e da qui l'impossibilità – almeno in teoria – di un accertamento in concreto, rivolto al caso di specie.

Tuttavia, per ovviare a tale problema sarebbe necessario uno *standard* cui fare riferimento, ma non è difficile cogliere la difficoltà di rapportare al generico parametro del consumatore medio ciò che riguarda un consumatore specifico: come si fa ad accertare rispetto al consumatore medio il “non avrei altrimenti scelto” del singolo consumatore?

Di fatto il problema risulta superato, in quanto tanto nella prassi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quanto in quella della giurisprudenza amministrativa, la regola *de minimis* non ha avuto grande rilevanza¹³⁷.

La giurisprudenza pressoché costante del giudice amministrativo, che oggi trova conforto anche in quella della Corte di Giustizia, esclude sicuramente che l'incidenza della pratica possa essere valutata con esclusivo riferimento al numero di consumatori coinvolti. Il T.A.R. sottolinea come la diffusione della pratica, in termini di soggetti lesi dalla stessa, non sia rilevante per affermarne l'illiceità, quanto piuttosto per valutare l'esistenza di un elemento aggravante a carico del professionista, tanto che si è arrivati a parlare, in questo caso, di “rincarato grado di negligenza”¹³⁸. È stato criticamente osservato come in questo modo si compia un ritorno alla questione della

¹³⁶ Il *considerando* n. 6 della direttiva 05/29 prevede infatti che : “Secondo il principio di proporzionalità, la presente direttiva tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti, ma riconosce che in alcuni casi l'impatto sui consumatori può essere trascurabile”.

¹³⁷ Sull'argomento si veda V. MELI, “Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di V. MELI – P. MARANO, Torino, 2011.

¹³⁸ TAR Lazio – Roma, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, *Enel*.

diligenza professionale¹³⁹; dare rilevanza alle pratiche commerciali con esiguità d'impatto significherebbe imporre alle imprese l'onere di affrontare investimenti sproporzionati al fine di ridurre anche i minimi effetti lesivi posti in essere dal professionista.

In realtà, alla luce della *ratio* della normativa, è possibile affermare che tale contrasto di posizioni si rivela solo apparente. Si è cercato più volte di chiarire come lo scopo sotteso a tutta la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sia quello di garantire il corretto funzionamento del mercato. Per fare ciò è necessario che l'incontro tra la domanda e l'offerta di beni avvenga in modo libero e per questo efficiente. Se lo scambio non avviene a queste condizioni il diritto deve intervenire. Per queste ragioni, l'impresa che altera il meccanismo della domanda e dell'offerta si trova in una posizione di scorrettezza, e come tale vietata.

In definitiva, falsare il comportamento del consumatore si rivela di per sé contrario a diligenza, e se ciò è vero, il concetto di pratica scorretta contiene un solo elemento di contenuto: l'approfittamento della limitata razionalità del consumatore. E questo, dal punto di vista del professionista, si traduce in mancanza di diligenza¹⁴⁰.

4. L'agire secondo correttezza e buona fede. Il rapporto tra il divieto di pratiche commerciali scorrette e le clausole di cui artt. 1175 e 1337 cod. civile

¹³⁹ Così V. MELI, "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, *op. cit.*, che si mostra critico nei confronti dell'atteggiamento della giurisprudenza di non tener conto della regola *de minimis*, in quanto è vero che può considerarsi rilevante anche una pratica commerciale con esiguità di impatto, ma è necessario che essa presenti caratteristiche che la rendano propagabile e ripetibile su una vasta platea di consumatori, con la conseguenza che, laddove queste caratteristiche siano assenti, dovrebbe affermarsi l'irrelevanza del fenomeno.

¹⁴⁰ Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *op. cit.*

L'art. 18 cod. consumo compie, nell'ambito della diligenza professionale, un esplicito richiamo ai principi generali di correttezza e buona fede¹⁴¹. Da qui, un interrogativo: nell'ambito della valutazione della scorrettezza di una pratica, ai sensi e ai fini dell'art. 20 cod. consumo, la condotta del professionista può essere valutata anche sulla base dei canoni di correttezza e buona fede contenuti negli artt. 1175 e 1337 cod. civile?

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette presenta uno stretto legame con l'art. 39 cod. consumo, il quale, rubricato «regole nelle attività commerciali», prevede 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»¹⁴².

In realtà, come già evidenziato dalla dottrina¹⁴³, è la Relazione al codice del consumo che attribuisce all'art. 39 il valore di disposizione generale e di governo di tutta l'attività commerciale. Il riferimento compiuto è ovviamente alla buona fede in senso oggettivo, intesa come lealtà e correttezza¹⁴⁴.

Viene così evidenziata l'attitudine di tali principi a riguardare tutto il rapporto tra il professionista ed il consumatore, dal primo contatto all'esecuzione di un eventuale negozio stipulato.

¹⁴¹ Sul rapporto tra buona fede e diligenza si veda ad es. U. BRECCIA, *Usi e abusi dei significati della «diligenza nell'adempimento»*. *La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, Inadempimento e rimedi, Torino, 2009, p. 129.

¹⁴² Sull'argomento A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, op.cit., p. 161, ove l'A. pone in rilievo come l'art. 39 cod. consumo in parte duplichi «il precetto di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali che l'art. 2 cod. consumo erige a specifico diritto dei consumatori». L'Autore si interroga su quale sia l'ambito autonomo di applicazione di tale norma, pensando ai rapporti commerciali che non siano (ancora) contrattuali, ma rilevando che essi si riducono alla pubblicità ed alle attività promozionali, per le quali quei principi sono separatamente sanciti. «Vero è però che parlando di attività commerciali si includono anche i rapporti tra imprese. Sicché l'esito – un po' paradossale – che la disposizione così inserita nel Codice del consumo ha concretezza solo nelle relazioni tra imprese». Sul punto si veda anche B. MEOLI e L. EGIZIANO, *Art. 39 – Regole nelle attività commerciali*, in *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2006, p. 319, ove si afferma che l'art. 39 cod. consumo riguarda l'attività commerciale nel suo insieme.

¹⁴³ S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 58.

¹⁴⁴ Sulla buona fede in senso oggettivo, soprattutto in ambito europeo, si veda G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 227 ss.

Tali considerazioni permettono di rilevare i punti in comune tra la normativa in esame e gli artt. 1337 e 1175 cod. civile¹⁴⁵.

Nello specifico l'art. 1337 cod. civile impone alle parti di comportarsi secondo buona fede sia nello svolgimento delle trattative che nel procedimento di conclusione del contratto. In questa fase, il comportamento contrario a buona fede è fonte di responsabilità precontrattuale.

Dottrina e giurisprudenza hanno già da tempo rilevato come la fase delle trattative sia idonea a determinare una particolare situazione di contatto sociale in grado di far sorgere reciproci obblighi di comportamento per le parti¹⁴⁶. Inoltre, è stato evidenziato come il contatto idoneo ad assurgere a fonte del rapporto precontrattuale non debba necessariamente tradursi in un contatto personale tra le parti, ben potendo consistere anche in una situazione equivalente, in grado di suscitare il medesimo affidamento che una partecipazione diretta alla formazione del contratto potrebbe generare¹⁴⁷.

Questo un primo punto in comune con le pratiche commerciali scorrette.

Il carattere relazionale della correttezza, nella fase delle trattative, non può dirsi estraneo alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Di fatto il legislatore, nel disciplinare l'attività di mercato, si propone di regolare una dinamica comportamentale destinata ad approdare ad un contatto tra le parti. Il professionista, proponendosi sul mercato, cercherà di intercettare il consenso dei consumatori e pertanto dovrà considerare tutti i destinatari delle sue comunicazioni, azioni od omissioni, come suoi potenziali *partners* contrattuali¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, *op. cit.*, l'A. afferma, scorrendo dei principi di correttezza e buona fede che presiedono l'attività commerciale ai sensi dell'art. 39 cod. consumo, che si tratta di «principi che affondano le proprie radici nella correttezza e nella buona fede (in senso oggettivo) di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.».

¹⁴⁶ Sul tema della responsabilità da contatto sociale si veda S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; L. LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno resp.*, 2008; M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011; F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007. In giurisprudenza si veda Cass., 20 dicembre 2011, n.27648.

¹⁴⁷ G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986

¹⁴⁸ Il rilievo è compiuto anche da R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 221, la quale espressamente riconosce la possibilità che una pratica commerciale scorretta integri un comportamento contrario a buona fede del professionista, per il quale il consumatore possa invocare la responsabilità ex art. 1337 cod. civile.

Se poi si considera che l'art. 1337 cod. civile non impone alle parti di concludere il futuro contratto, ma piuttosto di condurre l'attività di negoziazione secondo buona fede, si coglie il secondo punto in comune tra i due piani normativi.

Nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è infatti espressamente previsto che sia l'attività a doversi svolgere nel rispetto del normale grado di specifica competenza ed attenzione secondo quanto i consumatori possono ragionevolmente attendersi da un professionista corretto¹⁴⁹.

Questo significa che sul professionista grava l'obbligo di svolgere la sua attività secondo correttezza e buona fede a prescindere dall'esistenza di un contratto o di una prestazione e che il consumatore può fare ragionevole affidamento nel rispetto di tale obbligo¹⁵⁰.

Alla luce di tali considerazioni è possibile apprezzare il richiamo della clausola generale di buona fede – correttezza nell'ambito della diligenza professionale. La buona fede oggettiva concorre a definire il contenuto della diligenza professionale, da intendersi come il complesso di regole di condotta cui il professionista si deve conformare al fine di preservare la libertà di scelta e la consapevolezza delle decisioni del consumatore¹⁵¹.

L'aver posto in essere una pratica commerciale scorretta non può dunque escludere un eventuale giudizio, ai sensi degli artt. 1175 e 1337 cod. civile, circa la conformità della condotta del professionista ai canoni di correttezza e buona fede¹⁵².

¹⁴⁹ Così S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit., p. 79 ss., ove l'A. cerca di dimostrare come nel corso delle trattative ex art. 1337 c.c. l'affidamento della parte non riguardi la conclusione del contratto, ma bensì il rispetto degli obblighi attinenti al *quomodo* delle condotte che possono falsare le valutazioni di natura economica. In questo modo si può individuare un punto in comune con la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

¹⁵⁰ Cfr. M. DUROVIC, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, in *European Review of Private Law*, 5/2015, p. 715 ss.

¹⁵¹ F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, op. cit., p. 1160 ss.

¹⁵² Così G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, op. cit., il quale sottolinea però come «deve negarsi che la qualificazione di una pratica commerciale in termini di scorrettezza ai sensi degli artt. 20 ss. del cod. consumo comporti sempre, necessariamente ed automaticamente, la contrarietà a buona fede (a norma e ai fini degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.) del relativo comportamento».

5. I soggetti: il professionista

La definizione di professionista adottata nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette non coincide perfettamente con quella contenuta nella prima parte del codice del consumo. Nella parte dedicata alle "disposizioni generali" il professionista viene definito come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario»¹⁵³. Assume la qualità di professionista, ai sensi della disciplina sulle pratiche scorrette, qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della propria attività commerciale e chiunque operi in nome o per conto di un professionista¹⁵⁴.

Le differenze che intercorrono tra la definizione generale e quella dettata per le pratiche commerciali scorrette sono essenzialmente due: la prima riguarda il riferimento al professionista come a colui che agisce *nel quadro* della propria attività; la seconda concerne la formula utilizzata per ricomprendere nel concetto di professionista anche chi agisce indirettamente attraverso terzi¹⁵⁵.

Per quanto concerne il primo profilo di differenza, non si riscontrano grandi problemi interpretativi. Il riferimento all'agire nel quadro dell'attività può, al più, dimostrare l'attitudine della definizione di professionista a ricomprendere non solo coloro che stanno compiendo atti caratteristici della propria attività professionale, ma anche coloro che compiono atti e concludono contratti soltanto connessi con l'attività commerciale che svolgono¹⁵⁶.

La seconda differenza segnalata consiste nell'aver eliminato, nell'ambito delle pratiche sleali, il riferimento all'*intermediario* e nell'aver incluso, nella nozione di professionista, l'espressione «chiunque agisce in nome o per conto di un

¹⁵³ Così l'art. 3, lett. c), codice del consumo.

¹⁵⁴ Art. 18 lett. b) cod. consumo.

¹⁵⁵ Così N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LXII, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2012, p. 81 ss.

¹⁵⁶ N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., cit. p. 82.

professionista». È stato evidenziato come tra i due termini non ricorra una sostanziale differenza, risultando preferibile l'uso della locuzione “agire in nome o per conto” perché più tecnica rispetto al sostantivo “intermediario”¹⁵⁷. Se si volesse dare maggior rilievo alla diversità di linguaggio adottata dal legislatore, si potrebbe sostenere che il termine intermediario comprenda, oltre che al rappresentante ed al mandatario, anche quel soggetto in grado di incidere sull'atto di consumo senza agire né in nome né per conto del professionista.

In questo modo la definizione di carattere generale, di cui all'art. 3 cod. consumo, avrebbe portata più ampia rispetto a quella impiegata nell'ambito delle pratiche sleali, che comunque si rivela più tecnica e qualificata¹⁵⁸.

La giurisprudenza amministrativa ha comunque chiarito come la qualifica di professionista spetti a «chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico/commerciale»¹⁵⁹.

Ad ogni modo, centrale rimane il riferimento all'attività svolta, e pertanto il professionista del codice del consumo è sia il professionista intellettuale di cui agli artt. 2229 e ss. del codice civile, sia l'imprenditore di cui agli artt. 2082 e ss. cod. civile.

La giurisprudenza ha da sempre assegnato al tipo di attività esercitata in concreto un ruolo fondamentale al fine di qualificare un soggetto come professionista.

Così, ad esempio, non è sufficiente che un'organizzazione sia registrata come impresa “senza scopo di lucro” al fine di ritenerla esclusa dalla qualifica di professionista¹⁶⁰. Anche le autorità pubbliche possono, a seconda delle circostanze, qualificarsi come professionisti quando svolgono attività commerciali. La Corte di Giustizia ha confermato che un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale, ad esempio, la gestione di un regime legale di assicurazione-malattia,

¹⁵⁷ Così E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori*, op. cit., cit. p. 123.

¹⁵⁸ N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., cit. p. 98.

¹⁵⁹ Tar Lazio, 25 gennaio 2012, n. 1575.

¹⁶⁰ Si veda sul punto la Sentenza CG, del 21 settembre 1999, in causa C-67/96, *Albany International BV/SBT*. Inoltre, in conformità alla concezione meramente funzionale di impresa, nel caso *Gargano Corse/Aci*, l'AGCM ha qualificato come impresa l'ACI, ente pubblico associativo non economico senza scopo di lucro.

può essere qualificato come “professionista”, poiché: «il legislatore dell’Unione ha sancito un concetto particolarmente ampio della nozione di “professionista”, la quale comprende “qualsiasi persona fisica o giuridica” in quanto eserciti un’attività remunerata e non esclude dal suo ambito di applicazione né gli enti incaricati di una missione di interesse generale né quelli che abbiano uno status di diritto pubblico»¹⁶¹.

5.1 La qualifica di professionista riconosciuta in capo alle Università (statali e non statali)

La questione concernente la possibilità - o meno - di riconoscere alle Università (statali e non statali) la qualifica di professionista trae l’abbrivio da una recentissima pronuncia della giurisprudenza amministrativa¹⁶², la quale ha deciso sul ricorso in appello, presentato da una Università telematica privata, avverso il provvedimento sanzionatorio con il quale l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato le aveva irrogato una sanzione pecuniaria per violazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette¹⁶³.

La sanzione pecuniaria amministrativa oggetto del provvedimento impugnato veniva irrogata dall’AGCM in relazione a due condotte poste in essere dall’Università nell’ambito dell’offerta formativa fornita attraverso il proprio sito web.

Le pratiche contestate si concretizzavano nella frapposizione di ostacoli all’esercizio del diritto di recesso da parte degli studenti/consumatori.

In particolare, risultava che il professionista avesse ostacolato l’esercizio del diritto di recesso attraverso la predisposizione di un meccanismo di rinnovo automatico dell’iscrizione, e subordinando gli effetti economici del recesso non già soltanto al

¹⁶¹ Sentenza CG, del 3 ottobre 2013, in causa C-59/12, *BKK Mobil Oil*, par. 32.

¹⁶² Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 27/04/2023) 03/05/2023, n. 4498, che ha confermato le statuizioni della sentenza T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, Sent., (data ud. 06/10/2021) 22/11/2021, n. 11999.

¹⁶³ Provvedimento sanzionatorio del 15 gennaio 2020, con cui l’AGCM, in applicazione dell’art. 27, comma 6, del D.Lgs. n. 206 del 2005 (Codice del Consumo) ha irrogato all’Università la sanzione pecuniaria pari ad € 250.000,00 in ragione della violazione degli artt. 24, 25 e 66-bis del D.Lgs. n. 206 del 2005.

pagamento delle somme dovute per prestazioni pregresse e fruite, ma anche al pagamento delle somme maturate in epoca posteriore alla manifestazione del recesso. Rispetto a tale ultima condotta veniva contestata la violazione degli artt. 24 e 25 del codice del Consumo.

Lo studente/consumatore, di fatto, accumulava rate di debito senza la possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale (se non pagando tutto il debito accumulato, anche per prestazioni non fruite in quanto frutto del rinnovo automatico), e ciò in presenza, peraltro, nel Regolamento di Ateneo, di informazioni contrattuali in merito alla disciplina sul recesso del tutto ambigue e fuorvianti.

In secondo luogo, veniva contestato all'Università di aver previsto, nei moduli contrattuali, la competenza di un foro diverso da quello di residenza o domicilio del consumatore, quale *forum destinationis causae* che è ritenuto generalmente inderogabile ed esclusivo¹⁶⁴.

In relazione a tale ultima condotta, veniva contestata la violazione dell'art. 66-bis del codice del consumo, che stabilisce la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore.

Con il proprio ricorso in appello – per quanto qui di interesse – l'Università destinataria del provvedimento sanzionatorio ha anzitutto eccepito l'inapplicabilità soggettiva della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, evidenziando tre elementi: i) l'art. 6, comma 2, della L. n. 168 del 1989, che - a salvaguardia dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta alle università – sarebbe ostativo all'applicazione di norme di legge che, come nella specie, non prevedano espressamente la loro applicazione agli enti universitari (statali e non statali); ii) l'art. 101 del codice del consumo, che escluderebbe dal suo ambito di applicazione i servizi pubblici (quali la formazione universitaria), laddove questi siano soggetti a una disciplina speciale volta

¹⁶⁴ Occorre segnalare come la giurisprudenza di legittimità, nello specifico Cass. Civ., ord. n. 8268, 28 aprile 2020, abbia chiarito che un'eventuale clausola derogatoria del foro del consumatore è efficace solo se appositamente sottoscritta dal consumatore a seguito di una specifica trattativa individuale intercorsa con il professionista. In tutti i casi in cui il contratto sia stato concluso mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, peraltro, è stato chiarito come incomba sul professionista l'onere di dimostrare la sussistenza di tale trattativa, pena l'inefficacia della clausola stessa, con conseguente competenza da riconoscersi in favore del Giudice del Foro del Consumatore. .

a garantire i diritti degli utenti e i relativi standard di qualità; iii) l'impossibilità che le università (statali e non statali) possano essere qualificate come professionisti ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b), del codice del consumo.

Tale vicenda ha costituito l'occasione, per la giurisprudenza più recente, di chiarire i confini e la portata della nozione di professionista ai sensi del codice del consumo, anche con riferimento alla giurisprudenza europea sul punto.

Il ragionamento articolato dal Consiglio di Stato muove dalla nozione di professionista di cui all'art. 18, lett. b), D.Lgs. n. 206 del 2005, la quale, per giurisprudenza costante, deve essere intesa in senso ampio, essendo sufficiente che la condotta venga posta in essere nel quadro di un'attività di impresa finalizzata alla promozione e/o alla commercializzazione di un prodotto o servizio.

In tal senso, per professionista autore (o coautore) di una pratica commerciale deve intendersi chiunque abbia un'oggettiva cointeressenza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale medesima¹⁶⁵.

Al riguardo, l'art. 18 del Codice del Consumo stabilisce che per professionista si deve intendere qualsiasi operatore che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale e professionale. Ciò che la disposizione richiede ai fini di riconoscere la qualifica di professionista è, dunque, che la pratica commerciale sia manifestazione dell'attività normalmente svolta dal soggetto che la ponga in essere, che giustifica oneri di diligenza e di informazione a protezione di chi opera al di fuori dell'esercizio della propria attività professionale, ed è per tale ragione in posizione di tendenziale debolezza contrattuale.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che il legislatore (europeo) ha tracciato una nozione particolarmente ampia di professionista, la quale ricomprende qualsiasi persona fisica o giuridica che eserciti un'attività remunerata, la quale non esclude dal suo ambito di applicazione né gli enti incaricati di una missione di interesse generale né quelli che abbiano uno *status* di diritto pubblico¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Per un approfondimento sulla nozione di professionista, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, II Edizione, CEDAM, 2020, p. 57 ss.

¹⁶⁶ Corte di Giustizia UE – Sentenza 03 ottobre 2013, n. C-59/12.

In tale ottica, la Corte Europea ha fatto leva sulla esigenza di assicurare al consumatore un elevato livello di tutela, al fine di delineare una nozione dinamica di professionista, nella quale possano essere inclusi anche gli organismi di diritto pubblico incaricati di una missione generale.

Il Consiglio di Stato, pertanto, anche alla luce della giurisprudenza europea richiamata, e soprattutto nell'ottica di apprestare una elevata tutela del consumatore, ha ritenuto che la qualifica di consumatore dovesse essere riconosciuta alle Università.

Nel caso sottoposto all'attenzione del massimo consesso, peraltro, pur dinanzi al carattere di servizio di interesse generale dell'attività svolta dall'Università privata, è stato ritenuto preminente il carattere remunerato della stessa attività ed il fine di lucro perseguito.

Pertanto, gli studenti sono stati correttamente ritenuti consumatori ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, in quanto - quali acquirenti di servizi - ben possono essere indotti in errore dalle informazioni ingannevoli diffuse dal professionista che tali servizi offre e vende, con conseguente impedimento ad una scelta di consumo consapevole.

In tale contesto, specifica la giurisprudenza richiamata, sono irrilevanti sia la natura pubblica o privata dell'organismo in questione, sia la missione da esso perseguita.

Alla luce delle considerazioni svolte nella statuizione che qui si commenta, si ritiene che l'interpretazione cui è giunto il Consiglio di Stato si riveli l'unica in grado di garantire la piena efficacia della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, assicurando che, conformemente all'esigenza di un corretto funzionamento del mercato, e di un elevato livello di protezione dei consumatori, le pratiche commerciali sleali siano contrastate in modo efficace.

In definitiva, un'interpretazione siffatta è in armonia con la portata particolarmente ampia che è già stata riconosciuta alla disciplina sulle pratiche sleali quanto al suo ambito di applicazione *ratione materiae*.

6. Il consumatore. Il consumatore medio come parametro di valutazione per la scorrettezza di una pratica commerciale

La definizione generale di consumatore si rivela importante al fine di tracciare l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in esame.

L'art. 3, lett. a), cod. consumo, definisce il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

Gli elementi che permettono di qualificare un soggetto come consumatore sono essenzialmente due: il primo è costituito dalla circostanza che solo una persona fisica può rivestire tale qualifica, il secondo è un elemento di carattere negativo, e consiste nel fatto che il soggetto deve agire per scopi estranei all'attività svolta.

La figura del consumatore risulta delineata con poca chiarezza, anche perché, come è stato giustamente osservato, su di una negazione non si costruisce uno *status* né si delinea una classe sociale¹⁶⁷. Un dato sembra però certo: può essere considerato consumatore anche il professionista persona fisica, purché agisca per uno scopo estraneo all'attività esercitata¹⁶⁸.

Tale considerazione rende evidente che non esiste una categoria unitaria ed omogenea di consumatori. La legge non presta attenzione ad una qualità intrinseca del soggetto, ma piuttosto ha riguardo allo scopo finale perseguito dalla controparte del professionista.

Si tratta di un accertamento da svolgersi in concreto, sulla base dell'interesse perseguito dal soggetto che si predispone al contratto. La figura del consumatore va allora delineata secondo una concezione oggettivistica, la quale consente di identificare la finalità di consumo con la finalità di godimento individuale o familiare

¹⁶⁷ Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Editori Laterza, 2004; ed anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2015, cit. p. 157.

¹⁶⁸ Per un approfondimento si rimanda a V. PICCININI, *La nozione di consumatore*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 1 ss.

del bene o servizio acquistato, e consente di considerare tale qualsiasi scopo non strettamente collegato all'attività professionale svolta¹⁶⁹.

Merita di essere sottolineato come l'approccio di tipo oggettivo non consenta interpretazioni estensive della nozione di consumatore, volte a ricomprendervi anche le persone giuridiche o gli enti senza scopo di lucro. La giurisprudenza di merito, seguendo l'orientamento segnato dalla Corte di Giustizia, ha più volte ribadito come la qualifica di consumatore non possa che riguardare una persona fisica¹⁷⁰.

Mentre la disciplina consumeristica, considerata nel suo insieme, ruota attorno al concetto di consumatore, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette fa riferimento al "consumatore medio".

È il considerando n. 18 della direttiva 05/29 ad elevare il consumatore medio a parametro di valutazione per la scorrettezza di una pratica commerciale, definendolo come quel soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia».

In primo luogo, qualche considerazione di ordine generale.

Come indicato nel *considerando* appena richiamato, il consumatore medio è una figura ipotetica; il riferimento è ad un virtuale consumatore tipico, mediamente informato ed attento rispetto alle scelte commerciali che compie. L'identificazione del consumatore medio non deve avvenire su base statistica, ma deve tenere conto dei fattori sociali, culturali e linguistici propri del contesto in cui esso si trova ad agire. Inoltre, viene chiarito come tale figura sia preordinata a bilanciare, secondo il principio di

¹⁶⁹ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., cit. p. 157. L'A. sottolinea come la rilettura in chiave oggettiva della nozione di consumatore ponga una difficoltà di concettualizzazione del c.d. "consumatore esperto". Qualora si ritenesse che tanto l'interesse per il quale si contrae, quanto l'assenza di forza contrattuale siano idonei a delineare la nozione di consumatore, la qualifica di consumatore andrebbe esclusa a quei soggetti dotati di conoscenze tecniche simili a quelle del venditore/fornitore. Tale soluzione si mostrerebbe però in contrasto con la *ratio* della normativa in esame che sembra poggiare su di una presunzione astratta di disparità di potere contrattuale che prescinde dalle qualità personali dell'autore dell'atto di consumo. Ne deriva che chi contrae per scopi estranei alla sua attività professionale non potrà vedersi negata la qualifica di consumatore per il solo fatto di essere esperto in quel tipo di contrattazione. In tal senso anche R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, op. cit., p. 111.

¹⁷⁰ Si veda in tal senso Sentenza CG, del 22 novembre 2001, in cause riunite C-541/99 e 542/99, Idealservice s.r.l.; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685, ord.; Cass. 23 settembre 2013, n. 21763, ord.

proporzionalità, le esigenze di tutela del mercato con quelle di protezione dei consumatori¹⁷¹.

Il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva, non ha provveduto ad inserire una definizione di consumatore medio analoga a quella del *considerando* n.18. In ogni caso, il riferimento al parametro del consumatore medio, compiuto dall'art. 20 cod. consumo, ha suscitato diversi dubbi interpretativi e non è stato immune da critiche.

Innanzitutto è stato rilevato come l'esatto contenuto della relativa nozione non risulta determinabile con precisione sulla base della sola definizione contenuta nella direttiva. Infatti, il riferimento è ad un soggetto *normalmente* informato e *ragionevolmente* attento ed avveduto, ma il livello di informazioni che possono normalmente considerarsi possedute da un consumatore medio, ed il grado di attenzione ed avvedutezza che si può ragionevolmente attendere dallo stesso, costituiscono parametri che per loro natura non possono essere prefissati e che sono pertanto destinati a mutare in relazione a molti fattori, tra cui quei fattori sociali, culturali e linguistici cui lo stesso *considerando* attribuisce rilievo¹⁷². Ne risulta una definizione che si presta a valutazioni discrezionali, poiché costruita intorno a parametri che sfuggono ad una concreta determinazione.

In secondo luogo, il concetto di consumatore medio è stato considerato «desueto»¹⁷³ poiché le imprese, grazie ad ingenti investimenti, sono oggi in grado di porre in essere pratiche commerciali sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori, ma ai soggetti singolarmente considerati. L'aumento della concorrenza all'interno del mercato ha di fatto trasformato le tecniche del *marketing*: attraverso analisi di mercato

¹⁷¹ Cfr. C. LO SURDO, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 20, op. cit., p. 137.

¹⁷² Tali considerazioni vengono compiute da G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., cit. p. 165. Il richiamo ai fattori sociali culturali e linguistici come elementi cui tener conto nell'applicazione, al caso concreto, del parametro del consumatore medio è espressamente compiuto dalla stessa Corte di Giustizia nella Sentenza CG, 13 gennaio 2000, in causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG e Lancaster Group GmbH*, par. 29.

¹⁷³ Così M. ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007, p. 72 s.

molto dettagliate, le imprese possono intercettare le caratteristiche specifiche dei singoli consumatori per poi approcciarsi a loro secondo logiche personalizzate.

Sulla base di tali considerazioni, parte della dottrina arriva a sostenere che il riferimento al consumatore medio provochi un abbassamento del livello di tutela degli interessi dei consumatori¹⁷⁴. Probabilmente queste preoccupazioni si rivelano eccessive, soprattutto se si accetta l'idea che il parametro del consumatore medio, non rivelandosi del tutto adeguato alle categorie delle pratiche commerciali, ha comunque bisogno di adattamenti e correttivi in grado di scongiurare il rischio prospettato¹⁷⁵.

Questa consapevolezza sembra aver raggiunto il giudice amministrativo, il quale ha sottolineato come il richiamo al modello giuridico del consumatore medio non esclude che «la stessa tutela debba essere assicurata anche ai consumatori più sprovveduti o non particolarmente vigili»¹⁷⁶ e che «un'adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smaliziati, in quanto, presumibilmente, sono proprio costoro gli utenti "medi" dei servizi reclamizzati»¹⁷⁷.

Per concludere, il parametro del consumatore medio, se da una parte risulta idoneo a promuovere un ideale di consumatore informato, ragionevole e dunque sempre più proteso a compiere scelte di mercato efficienti, dall'altra si rivela inadeguato al fine di valutare la scorrettezza di talune pratiche commerciali. Posto che non ci sono più dubbi circa la configurabilità di una pratica commerciale scorretta posta in essere *una tantum* nei confronti di un singolo, determinato consumatore, per quale ragione si dovrebbe continuare a fare riferimento al consumatore medio piuttosto che alla persona effettivamente raggiunta dalla pratica commerciale?

¹⁷⁴ Così C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa e Europa*, 2007, p. 752, secondo cui la nozione di consumatore medio «è scarsamente aderente alla realtà».

¹⁷⁵ Sia consentito rimandare sul punto a G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., p. 161 ss. Essenzialmente secondo l'A. il parametro del consumatore medio si dovrebbe usare per valutare la scorrettezza di una pratica commerciale prima che sia posta in essere ed abbia prodotto i suoi effetti, ovvero per valutare pratiche commerciali standardizzate, poste in essere nei confronti di una pluralità indefinita di consumatori. Lo stesso parametro non dovrebbe essere utilizzato, o comunque avrebbe bisogno di correttivi, nel caso di pratiche commerciali poste in essere nei confronti di un singolo consumatore.

¹⁷⁶ T.A.R. Lazio, I, 24.6.2010, n. 20910.

¹⁷⁷ T.A.R. Lazio, I, 29.3.2010, n. 4931.

6.1 Il consumatore vulnerabile

Il legislatore europeo sembra essersi preoccupato di tutelare quei consumatori che, in ragione delle loro condizioni o caratteristiche, risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali scorrette¹⁷⁸. A tal fine, si è introdotto un ulteriore parametro in grado di adeguare il modello del consumatore medio ai casi in cui soggetti particolarmente deboli, in ragione della loro «infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità»¹⁷⁹, risultano essere i destinatari delle pratiche scorrette.

Occorre pertanto distinguere il parametro del consumatore medio da quello del consumatore medio vulnerabile. A tale proposito, occorre fare riferimento ai “gruppi” di consumatori, per tener conto delle specificità degli stessi.

L’art. 20, secondo comma, cod. consumo, impone di valutare la scorrettezza di una pratica commerciale diretta ad un «gruppo determinato» di consumatori facendo riferimento al membro medio di tale gruppo. In questo caso, il parametro va adeguato alle caratteristiche peculiari del gruppo destinatario della pratica e tale circostanza può condurre a qualificare come scorretta una pratica che, se indirizzata alla generalità dei consociati, non avrebbe potuto considerarsi tale, in quanto il gruppo interessato potrebbe essere composto da soggetti più deboli rispetto alla media. Invero, non è escluso che possa accadere il contrario, e cioè che una pratica commerciale, che generalmente si potrebbe considerare vietata, proprio perché diretta esclusivamente ad un gruppo di persone con conoscenze e capacità superiori alla media, non venga qualificata come scorretta¹⁸⁰.

Qualora la pratica commerciale sia invece diretta indistintamente a tutti i consumatori, ma risulti idonea a falsare il comportamento economico «solo di un gruppo di

¹⁷⁸ Il *Considerando* n. 18 della direttiva 05/29 prevede infatti che «ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l’impatto della pratica commerciale venga valutato nell’ottica del membro medio di quel gruppo».

¹⁷⁹ Art. 20 cod. consumo, terzo comma.

¹⁸⁰ Il rilievo è compiuto da G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, *op. cit.*, p. 166.

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», l'art. 20, terzo comma, cod. consumo, impone di valutare la pratica nell'ottica del membro medio di tale particolare gruppo. Quindi, nel caso in cui risulti chiaramente individuabile un gruppo di consumatori vulnerabili, e sempre che il professionista abbia potuto ragionevolmente prevedere gli effetti della pratica su tale gruppo, il parametro del consumatore medio, quale riferimento ad un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, verrà sostituito dal parametro del consumatore medio vulnerabile, che di fatto si pone al di sotto di tale medietà.

È stata sostenuta l'importanza della norma in questione soprattutto perché in grado di evitare, attraverso l'adeguamento del parametro del consumatore medio ai casi in cui siano coinvolti soggetti vulnerabili, che le esigenze di armonizzazione e di promozione del mercato interno, mediante l'uniformazione dei giudizi, vadano a detrimento della protezione dei soggetti più deboli¹⁸¹.

Parte della dottrina¹⁸² ha valorizzato il parametro del consumatore medio, rilevando inoltre come la tutela del consumatore vulnerabile abbia le stesse finalità della tutela del consumatore medio, poiché entrambe sono poste a protezione della libertà del consumatore di prendere decisioni di consumo consapevoli. Per questa dottrina, la libertà del consumatore vulnerabile, unita a quella del consumatore medio, contribuisce alla creazione di un sistema di protezione degli interessi economici di tutti i consumatori, nessuno escluso.

A ben vedere, l'art. 20, terzo comma, cod. consumo, solleva dubbi interpretativi difficilmente superabili attraverso le considerazioni di ordine generale compiute in merito alla tutela dei consumatori più deboli.

In primo luogo, è difficile che il gruppo vulnerabile risulti sempre «chiaramente individuabile» all'interno della generalità dei consumatori destinatari della pratica

¹⁸¹ Così A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 155.

¹⁸² N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., cit. p. 74 ss.

commerciale. Inoltre, risulta arduo stabilire quando il professionista sia in condizioni di prevedere ragionevolmente se, ed in che misura, la pratica commerciale cui fa ricorso possa influire sulle decisioni dei consumatori del gruppo vulnerabile.

E non è tutto. Quale sia l'esatta estensione del termine «ingenuità» non risulta assolutamente chiaro, e la portata della locuzione «infermità mentale o fisica» è difficile da cogliere¹⁸³.

Ma soprattutto, ed è questo il punto di maggiore criticità, ci si deve interrogare su chi possa essere qualificato membro medio di un gruppo: se, infatti, già la valutazione dell'impatto di una pratica commerciale su di un gruppo omogeneo risulta un'operazione estremamente complicata, ancor più remota appare la possibilità di individuare l'ipotetico membro medio di un gruppo di soggetti particolarmente vulnerabili¹⁸⁴. Com'è stato già evidenziato, il richiamo ad una figura dai contorni così vaghi pone il rischio di favorire, in ciascuno degli Stati membri, lo sviluppo di antitetiche posizioni dottrinali e contraddittori indirizzi giurisprudenziali¹⁸⁵.

Di fatto, la tutela dei soggetti vulnerabili rischia di essere ostacolata dalle statuizioni della stessa norma che si propone di accordare protezione ai consumatori più deboli. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il riferimento al membro medio di un gruppo, quantomeno nell'ambito dei consumatori vulnerabili, rivela tutta la sua inadeguatezza.

6.2 Il condominio consumatore

¹⁸³ Questi rilievi vengono compiuti da G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., p. 169 – 170. Inoltre l'A. si chiede se l'elenco dei fattori suscettibili di rendere particolarmente vulnerabili i consumatori appartenenti ad un determinato gruppo (infermità mentale o fisica, età, ingenuità) debba ritenersi tassativo ovvero, come reputa preferibile, meramente esemplificativo.

¹⁸⁴ In questi termini A. VALSECCHI, *La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ovvero del pater familias del terzo millennio e dei vizi del consenso nei contratti di consumo*, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, 2/2006, p. 68 ; ed anche C. LO SURDO, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 20, op. cit., p. 140.

¹⁸⁵ Così A. VALSECCHI, *La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit. Anche A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, op. cit., rileva come sia «verosimile ipotizzare che i Tribunali nazionali non applicheranno in modo uniforme la nozione di consumatore medio».

La possibilità di applicare la disciplina dettata dal codice del consumo al contratto stipulato tra un condominio, in persona dell'amministratore, ed un professionista, si rivela questione (ancora) dibattuta in dottrina e giurisprudenza¹⁸⁶.

In particolare, il problema si è posto in relazione all'applicabilità (o meno) degli articoli 33 e seguenti del codice del consumo in materia di clausole vessatorie, ma è evidente come le medesime riflessioni possano imporsi anche per altre norme del codice del consumo, quali quelle relative alle pratiche commerciali scorrette o, ancora, quelle che disciplinano i contratti a distanza¹⁸⁷.

La questione si rivela complessa, non foss'altro perchè si intrecciano in un unico nodo interpretativo due problematiche: da un lato, l'esatto perimetro della nozione di consumatore ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) cod. consumo¹⁸⁸; e dall'altro, la qualificazione giuridica del condominio¹⁸⁹.

In estrema sintesi, circa la qualificazione giuridica del condominio, due sono le teorie maggioritarie: da un lato, si sostiene che il condominio sia soggetto autonomo sfornito di personalità giuridica, titolare di diritti (ed obblighi), e quindi che è un soggetto distinto dai singoli condomini; dall'altro lato, si afferma che il condominio non è un soggetto autonomo, distinto dai singoli condomini, e quindi che titolari di diritti (ed obblighi) sono, in ultima analisi, proprio i singoli condomini.

¹⁸⁶ Per un'analisi su tale specifica tematica si veda: F. OLIVIERO, *Mandato dell'amministratore di condominio e disciplina consumeristica nel quadro delineato dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia UE*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1382; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, 60 e segg.

¹⁸⁷ Per quanto attiene all'applicabilità (o meno) della disciplina in materia di contratti a distanza al condominio, si veda G. DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2021, 356 e segg.

¹⁸⁸ E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, III ed., Torino, 2014, 36 e segg.

¹⁸⁹ R. CATERINA, *Il condominio come ente di gestione e come soggetto: percorsi giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 gennaio 2022; ed ancora G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 845.

È evidente che il problema dell'applicabilità o meno della disciplina del codice del consumo al contratto stipulato tra un condominio ed un professionista debba tenere conto delle due diverse impostazioni richiamate¹⁹⁰.

Qualora si ritenga che il condominio sia un autonomo soggetto di diritto, pur non essendo dotato della personalità giuridica, e quindi distinto dai singoli condomini, allora la conclusione circa la applicabilità della disciplina del codice del consumo è obbligata: il condominio non può essere qualificato come consumatore, difettando del requisito della fisicità, espressamente contemplato dall'art. 3, comma 1, lett. a), cod. consumo¹⁹¹.

In questo senso si è espressa di recente anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di clausole abusive, laddove ha rilevato che un condominio non soddisfa la prima delle condizioni di cui all'art. 2, lett. b), della Dir. 93/13, ossia essere una persona fisica, e pertanto non rientra nella nozione di consumatore ai sensi di tale disposizione, cosicché il contratto stipulato tra tale condominio e un professionista deve ritenersi escluso dall'ambito di applicazione della suddetta direttiva¹⁹².

All'opposto, qualora il condominio non venga considerato un soggetto autonomo distinto dai singoli condomini, al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione privo di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, può ritenersi applicabile la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza

¹⁹⁰ Per un'analitica illustrazione della tematica, *ex multis*, F. CERRI, *Il condominio è qualificabile come consumatore? La questione rimessa alla Corte di Giustizia*, in *Corriere Giur.*, 2020, 199 e segg.; G.A. CHIESI e M. STURIALE, *Condominio: "essere o non essere" consumatore?* in *Immobili e Proprietà*, 2020, 493 e segg.; M. SIMEON, *Il condominio è un consumatore? La decisione della Corte di Giustizia non scioglie i dubbi*, in *Giur. Comm.*, 2021, II, 476 e segg.

¹⁹¹ In questo senso si è espresso con ampia pronuncia anche l'Arbitro Bancario Finanziario, con decisione A.B.F., Coll. coord., 10 novembre 2020, n. 19783, in *Nuova Giur. Comm.*, 2021, 503 e segg., con nota di E. LABELLA, *La natura non consumeristica del condominio di edifici*. La decisione menziona in senso conforme A.B.F., Coll. coord., 26 ottobre 2012, n. 3501.

¹⁹² Corte giust. UE, 2 aprile 2020, causa C-329/19, in *Foro It.*, 2020, IV, 375 e segg., con nota di G. SPOTO, *Il condominio non è un consumatore*; in *Giur. It.*, 2021, 1587 e segg.; con nota di Scapellato, *Per la Corte di Giustizia UE*; in *Giur. Comm.*, 2021, II, 461 e segg.; con nota di R. CALVO, *Complessità personificata o individualità complessa del condominio-consumatore*, in *Giur. Italiana*, 6, 2020, p. 1320 e segg.

dei singoli condomini, i quali possono essere considerati consumatori, se persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale¹⁹³.

Entrambe le conclusioni si espongono a rilievi critici.

La prima impostazione, coerente nelle sue premesse e nelle sue conclusioni, dimentica di fare i conti con un panorama frastagliato in merito alla natura giuridica del condominio. E così, per quanto riguarda specificatamente la pronuncia resa dalla Corte di Giustizia, essa dovrà ritenersi vincolante per tutti e soltanto gli Stati membri il cui diritto privato interno riconosca la autonoma soggettività giuridica del condominio, e cioè l'attitudine del condominio a costituire centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche soggettive.

Per contro, deve ritenersi che la sentenza della Corte di Giustizia non abbia valenza vincolante per gli Stati membri nel cui diritto interno espresse disposizioni di legge, ovvero orientamenti interpretativi consolidatisi nella giurisprudenza, neghino l'esistenza, in capo al condominio, di una autonoma soggettività giuridica, e coerentemente con questa premessa configurino i contratti stipulati dall'amministratore con terzi fornitori di beni o servizi come contratti che vengono conclusi in rappresentanza dell'insieme dei soggetti che compongono il condominio stesso e nella cui sfera patrimoniale si producono direttamente gli effetti dei negozi stipulati dall'amministratore¹⁹⁴.

Anche qualora si neghi la soggettività autonoma del condominio, permangono irrisolti i problemi tradizionalmente posti dall'adattamento della nozione di "consumatore".

In tale caso, infatti, anche a voler dare per pacifico che il presupposto della "persona fisica" possa considerarsi sussistente quando la controparte del professionista sia una parte soggettivamente complessa – "condominio" – composta esclusivamente da persone fisiche, tuttavia è ben possibile che oltre a persone fisiche concorrono a

¹⁹³ In tale senso anche la giurisprudenza di legittimità. *Ex multis*, Tra le altre, Cass. civ., 24 luglio 2001, n. 10086, in *Contratti*, 2001, 1077 e segg., con nota di G. CAPILLI, *Il foro del consumatore ex art. 1469 bis*, n. 19; Cass. civ., 12 gennaio 2005, n. 452; Cass. civ., 22 maggio 2015, n. 10679; Cass. civ., 16 maggio 2017, n. 12164.

¹⁹⁴ Nel medesimo senso G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4, 1 luglio 2020, p. 842.

comporre la parte soggettivamente complessa anche enti dotati di autonoma soggettività giuridica (ad es. società commerciali, associazioni, fondazioni o comitati). Quanto poi all'assenza del requisito della professionalità, pure elemento necessario per integrare la qualifica di consumatore, si pongono problemi interpretativi laddove la parte soggettivamente complessa in rappresentanza della quale sia stato concluso il contratto sia composta in parte da soggetti (persone fisiche o enti collettivi) per i quali il rapporto contrattuale così instaurato è sicuramente riconducibile ad una attività imprenditoriale o professionale¹⁹⁵, e in parte da soggetti per i quali il rapporto contrattuale instaurato dal rappresentante sia estraneo a tale tipo di attività. E ciò in quanto si rende necessario stabilire in presenza di quali presupposti il contratto può e deve considerarsi stipulato per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale della pluralità dei soggetti coinvolti, ed anche se tale contratto debba essere concluso per scopi estranei alla attività professionale di tutti i soggetti presenti nel condominio, o se sia sufficiente che solo per la maggioranza di essi si agisca al di fuori dell'attività professionale stessa.

A tali fini, può ragionarsi secondo modelli interpretativi differenti.

In primo luogo, dinanzi ad una parte plurisoggettiva mista, composta da consumatori e da professionisti, può ritenersi la disciplina del codice del consumo del tutto inapplicabile, per considerare applicabile la sola disciplina generale del codice civile¹⁹⁶.

Parimenti, si può giungere a conclusioni diametralmente opposte laddove, in presenza di una parte plurisoggettiva mista, si consideri la disciplina del codice del consumo sempre applicabile, in quanto tra un rischio di eccesso di tutela, ove si applichi a tutti i soggetti – compresi i professionisti - la disciplina del codice del consumo, ed un rischio di eccesso di rigore, ove si applichi a tutti i soggetti la disciplina del codice civile, può ritenersi preferibile l'eccesso di tutela¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ad esempio, quando fra i condomini vi sia un medico proprietario di unità immobiliare destinata allo svolgimento della sua attività professionale.

¹⁹⁶ Così F. AZZARI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, cit., 68 e segg.

¹⁹⁷ M. ATELLI, *Consumo individuale e consumo "aggregato": insufficienze del modello legale del consumatore*, in AA.VV., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998.

Si è anche proposto, in tale caso, di considerare singolarmente ciascun soggetto componente la parte plurisoggettiva mista, onde verificare se rientri nella nozione di consumatore, applicando poi a ciascun soggetto il trattamento giuridico corrispondente alla qualità rivestita; e si è sottolineato come tale soluzione, in ipotesi di condominio, si attagli soltanto agli atti dispositivi, *recte* agli atti in cui ciascun condomino ha un potere decisorio individuale, e non agli atti di amministrazione e conservazione¹⁹⁸.

Potrebbe darsi un correttivo a tale ricostruzione dogmatica, e ritenere applicabile la disciplina consumeristica ad un condominio che sia composto da soli consumatori persone fisiche ovvero consumatori e microimprese, il quale risulta così composto – da un punto di vista soggettivo – da soggetti che normalmente sono destinatari delle tutele previste per il contrasto alle pratiche commerciali sleali.

Da ultimo, occorre fare cenno all'opinione di chi nega che il condominio sia un autonomo soggetto di diritto distinto dai singoli condomini, pur sostenendo che, finanche quando tutti i condomini siano professionisti, trovi parimenti applicazione al contratto stipulato dall'amministratore del condominio la disciplina del codice del consumo.

Al fine di comporre il contrasto interpretativo, è prevalsa la tendenza ad oggettivare il profilo consumeristico degli atti dell'amministratore preordinati alla comunità dei condomini, al fine di ritenere il condominio nella sua totalità strutturale quale forma speciale, soggettivamente neutra e oggettivamente tipizzata rispetto alla funzione gestoria svolta dall'amministratore.

In altri termini, è stato sostenuto che la gestione delle parti d'uso comune del condominio è obiettivamente sfornita di vocazione professionale, e pertanto i contratti stipulati dall'amministratore in nome e per conto dei rappresentanti sono, in linea di principio, atti oggettivi di consumo, ad astrarre dalla qualifica di professionista o consumatore posseduto dai proprietari delle proprietà esclusive¹⁹⁹.

¹⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 65.

¹⁹⁹ R. CALVO, *Complessità personificata o individualità complessa del condominio consumatore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2020.

Tuttavia, tale ricostruzione si espone ad un rilievo critico dirimente: ragionare di un atto oggettivo di consumo, scisso dalla qualità soggettiva dei condomini, di fatto riscrive il disposto dell'art. 3 lett. a) c. cons., dove non vi è menzione di una neutralità soggettiva degli atti di consumo²⁰⁰.

7. Le microimprese

L'art. 7 del “decreto liberalizzazioni”²⁰¹, apportando modifiche al codice del consumo, ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra professionisti e “microimprese”.

La modifica al codice del consumo è orientata a rafforzare gli strumenti di tutela a favore delle imprese di minori dimensioni, estendendo per l'appunto alle microimprese la protezione dalle pratiche scorrette²⁰².

L'intervento compiuto dal legislatore, seppur lodevole dal punto di vista sostanziale, si è realizzato in maniera imprecisa.

Di fatto, sono stati modificati soltanto gli artt. 18 e 19 cod. consumo, mentre gli artt. 20-27 cod. consumo, riguardanti le pratiche commerciali in generale e le pratiche ingannevoli ed aggressive, continuano a fare riferimento ai soli rapporti tra professionisti e consumatori.

L'art. 18, lett. d-bis), cod. consumo, definisce le microimprese come le «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro».

²⁰⁰ In questi termini S. PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, op. cit.

²⁰¹ D.l. n. 1 del 2012, recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, successivamente convertito con modificazioni nella l. n. 27 del 24.03.2012.

²⁰² Così la Relazione della riunione del Consiglio dei Ministri n. 11 del 20 gennaio 2012.

In primo luogo, in materia si può fare riferimento alla Raccomandazione 2003/361/CE²⁰³ per risolvere i dubbi interpretativi legati alla nozione di microimpresa²⁰⁴. Così, ad esempio, a norma dell'art. 4 della Raccomandazione, si chiarisce che i dati per calcolare la quantità di personale impiegato e gli importi finanziari cui fa riferimento la norma, sono quelli relativi all'ultimo esercizio contabile chiuso e vengono calcolati su base annua. Altresì viene precisato che l'importo del fatturato viene calcolato al netto dell'IVA o di altre imposte dirette, ed inoltre vengono fissati i criteri per il computo delle persone occupate nell'impresa. Si ritiene che, ai fini dell'applicazione degli artt. 18 e ss. del cod. consumo, i requisiti dimensionali (di fatturato e di personale) debbano essere posseduti dall'impresa nel momento in cui la pratica commerciale venga posta in essere da parte del professionista, o comunque dal momento in cui essa abbia avuto inizio, qualora consista in attività destinata a protrarsi nel tempo.

L'art. 19 cod. consumo, con l'espressione «pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese», estende la tutela contro le pratiche commerciali scorrette, già riconosciuta ai consumatori, anche alle microimprese. Tuttavia è bene sottolineare come lo stesso professionista possa essere un imprenditore, ed in tal caso non rileva la circostanza che tale imprenditore sia grande, medio o microimprenditore. Di fatto, se la microimpresa agisce da professionista, cioè promuove o commercializza un bene o un servizio sul mercato, nulla toglie che possa essere sanzionata per pratiche commerciali ritenute scorrette nei confronti di altre microimprese²⁰⁵. Ne consegue che gli artt. 20 e ss. del cod. consumo risultano applicabili anche alle pratiche commerciali poste in essere da un microimprenditore nei confronti di altri microimprenditori²⁰⁶.

Ci si potrebbe domandare, a tale riguardo, se la nozione di microimpresa sia sufficientemente ampia da ricomprendere anche i soggetti che svolgono una professione intellettuale.

²⁰³ Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione del 6.5.2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese.

²⁰⁴ Così G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, op. cit.

²⁰⁵ Così E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2015, p. 857 ss.

²⁰⁶ Così S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012.

Sono essenzialmente tre le ragioni che depongono a favore di una risposta positiva al quesito: la nozione di microimpresa menziona genericamente “un’attività economica”; nella nozione di professionista sono ricompresi anche coloro che esercitano un’attività professionale; ed inoltre ragioni sistematiche conducono a ritenere che sarebbe irragionevole sostenere che i professionisti intellettuali debbano astenersi dal ricorrere a pratiche commerciali scorrette quando offrono i loro servizi ai consumatori, senza però beneficiare della tutela accordata agli imprenditori qualificabili come microimprese quando si trovino ad essere destinatari di pratiche sleali poste in essere da altri imprenditori nei loro confronti²⁰⁷.

Non tutte le pratiche commerciali tra professionisti e microimprese sono soggette agli art. 20 e ss. del cod. consumo. Occorre infatti capire se la pratica commerciale si presti o meno ad essere qualificata come pubblicità, poiché in tal caso non trovano applicazione le norme sulle pratiche commerciali ingannevoli, dal momento che, per le microimprese, la tutela contro la pubblicità ingannevole «è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145»²⁰⁸.

L’elemento di maggiore differenza rispetto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori rimane però l’assenza, nel dettato normativo, di ogni riferimento alla “microimpresa media”.

La dottrina ha opportunamente osservato come delineare la figura di “microimpresa media” sia praticamente impossibile, e questo a causa della nozione estremamente vaga fornita dal legislatore, che impone di tenere conto di elementi (strutturali e di bilancio) tra loro estremamente differenti e difficilmente confrontabili²⁰⁹.

²⁰⁷ F. MASSA, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 19, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, IV edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 128.

²⁰⁸ Art. 19, primo comma, cod. consumo.

²⁰⁹ In tal senso E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e “terzo contratto”*, op. cit., l’A. di fatto osserva che «La microimpresa è, infatti, una figura del tutto eterogenea, sia per la definizione vaghissima fornita dal legislatore per cui si accomunano associazioni e società, società di persone e società di capitali, ditte individuali o imprese familiari e enti che occupano dieci persone (ossia un’impresa non tanto piccola considerando le dimensioni delle piccole e medie imprese italiane), cooperative e qualsiasi altra entità che esercita un’attività economica, sia per il requisito del fatturato/bilancio annuale che va da zero a due milioni, sia soprattutto per il fatto che non vi è alcuna specificazione dell’attività economica esercitata».

Nel silenzio della legge, occorre tuttavia cercare un parametro alla stregua del quale valutare la scorrettezza di una pratica commerciale destinata alle microimprese. Ed in verità, la questione non sembra molto complicata.

Mancando ogni riferimento ad un soggetto medio, per le oggettive difficoltà di individuarne uno, si dovrà fare esclusivo riferimento alla specifica microimpresa cui si rivolge la pratica commerciale, ed alla concreta scorrettezza della stessa²¹⁰.

A sostegno di tale conclusione sembrano deporre due argomenti: l'assenza, nel dettato normativo, e in particolare nell'art. 20 cod. consumo, di qualsivoglia riferimento ad una microimpresa media, diversamente da quanto stabilito per il consumatore; il riferimento, nell'art. 19 cod. consumo, di indici numerici predeterminati per quanto concerne il fatturato e il numero di persone occupate, che lasciano intendere che sia possibile guardare solo a tali requisiti quantitativi, senza ulteriori interrogativi circa l'individuazione di un soggetto medio²¹¹.

7.1 I consorzi

Nel silenzio della legge, ai consorzi (tra imprenditori) non dovrebbe applicarsi la disciplina contenuta nel codice del consumo posta a presidio degli interessi dei consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette.

Come visto, infatti, il codice del consumo accorda alle sole microimprese – seppure in qualunque forma costituite – l'estensione delle tutele contro le pratiche sleali.

²¹⁰ Nello stesso senso, ma con un approccio critico, E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, *op. cit.*

²¹¹ Nello stesso senso G. DE CRISTOFARO, *Pratiche Commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014, I, p. 3 ss.

Pertanto, potrebbe ritenersi esclusa *tout court* la richiamata disciplina ai consorzi, anche in ossequio al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Si intende sostenere, tuttavia, che anche ai consorzi (tra imprenditori) - composti da microimprese - possa applicarsi la disciplina sulle pratiche commerciali sleali.

Come noto, infatti, i consorzi sono associazioni di persone fisiche o giuridiche, costituite per la realizzazione di un interesse proprio di queste persone.

La funzione del consorzio è essenzialmente quella di prestare un servizio nell'interesse dei singoli consorziati, con la conseguenza che il consorzio si risolve in una serie di atti i cui risultati si acquisiscono direttamente all'interno della sfera giuridica dei singoli partecipanti al consorzio²¹².

Il problema dell'applicabilità o meno della disciplina sulle pratiche sleali ai consorzi assume un rilievo in riferimento ai consorzi ove l'organizzazione comune venga creata per lo svolgimento di determinate fasi delle imprese che ne fanno parte, e ove venga attribuita al consorzio una funzione esterna.

In origine, infatti, la nozione di consorzio, contenuta nell'art. 2602 c.c., ricomprendeva solo i contratti tra imprenditori esercenti una medesima attività o attività connesse, che avessero ad oggetto la disciplina delle attività stesse e cioè il coordinamento della produzione e degli scambi.

A seguito della modifica dell'art. 2602 c.c., ad opera della legge 10 maggio 1976, n. 377, la nozione di consorzio si è arricchita e, secondo l'attuale formulazione della disposizione, più imprenditori possono costituire un consorzio anche per lo svolgimento di determinate fasi della impresa²¹³.

Invero, sembra superfluo, per valutare l'applicabilità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, soffermarsi sui consorzi costituiti ai fini della disciplina di determinate fasi delle imprese che ne fanno parte, posto che essi vengono costituiti maggiormente per disciplinare il rapporto concorrenziale tra imprenditori concorrenti e che, all'esterno, possono rilevare essi stessi come fattori di distorsione della libertà della concorrenza, non necessitando pertanto di tutela avverso le pratiche sleali.

²¹² Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI, Utet, Milano, 2018.

²¹³ C. DE STEFANIS, A. QUERCIA, *Consorti e società consortili*, II edizione, Maggioli Editore, 2016.

Parimenti, sembra maggiormente di interesse soffermare l'attenzione sui consorzi con funzione esterna²¹⁴, laddove lo svolgimento di attività con i terzi può assumere un rilievo nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette.

Non è infrequente, infatti, che un consorzio costituito con finalità esterne intrattenga rapporti con professionisti per conto e nell'interesse dei singoli consorziati ove, ad esempio, concluda contratti di fornitura (di energia elettrica, di servizi digitali, ecc.).

In tali evenienze, parimenti non infrequente può accadere che il professionista che entri in contatto con il consorzio possa porre in essere una pratica commerciale scorretta, a detrimento degli interessi del consorzio stesso e, dunque, in definitiva dei singoli consorziati.

Per tali ipotesi non sembra azzardato sostenere che il consorzio possa avvalersi delle tutele e dei rimedi messi a disposizione dal codice del consumo avverso le pratiche commerciali scorrette, a condizione che i partecipanti al consorzio siano microimprese. Limitare la tutela accordata dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ai soli consorzi costituiti da microimprese, infatti, consente di rispettare i requisiti richiesti dalla legge per l'applicabilità della richiamata disciplina.

Sostenere che i consorzi formati da microimprese possano accedere alla tutela accordata dal codice del consumo consente, da un lato, di rispettare il dettato dell'art. 19 cod. consumo che estende alle sole microimprese la disciplina in questione, e dall'altro di rispettare il dettato dell'art. 18 cod. consumo, laddove prevede che le microimprese meritano tutela "a prescindere dalla forma giuridica".

Anche sul piano dell'onere probatorio da assolvere in un eventuale giudizio in cui si controverta in materia di pratiche sleali, ai fini della dimostrazione della qualità soggettiva necessaria per accedere alle relative tutele, deve ritenersi che il consorzio possa dimostrare, attraverso la produzione delle visure camerali delle imprese che lo

²¹⁴ Nei consorzi con funzione interna viene creata un'organizzazione unitaria alla quale è rimesso di coordinare l'azione dei singoli partecipanti, attraverso la fissazione, con efficacia vincolante per i singoli consorziati, di direttive cui attenersi per lo svolgimento dell'attività d'impresa.

costituiscono, la sua qualità di consorzio di microimprese, e così invocare i rimedi previsti per il contrasto alle pratiche sleali²¹⁵.

Agganciare la prova alla sola qualità soggettiva (id est: microimpresa) dei partecipanti al consorzio, in definitiva, consente un'estensione di tutela – nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette - ai consorzi, che non pare in contrasto con la lettera della legge.

8. Individuazione dei tipi: azioni ed omissioni ingannevoli

Rendere conto di un fenomeno complesso, come quello delle pratiche commerciali scorrette, non può prescindere dall'analisi delle sue declinazioni. Si rende pertanto necessario, a questo punto, tracciare i profili generali delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive, e cioè delle due tipologie di pratiche in cui si articola il divieto generale di cui all'art. 20 cod. consumo. Per ragioni di sintesi, l'attenzione sarà focalizzata solo sugli aspetti essenziali.

Per quanto attiene alle pratiche commerciali ingannevoli, il codice del consumo dapprima individua le azioni (art. 21 cod. consumo), poi le omissioni (art. 22) ed infine le fattispecie tipiche (art. 23).

Le azioni ingannevoli consistono in pratiche commerciali che, inducendo o essendo idonee ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso, contengono informazioni false ovvero corrette, ma

²¹⁵ A rigore sarebbe necessario produrre il libro matricola e la contabilità di bilancio delle imprese che compongono il consorzio investit dalla pratica sleale, che intenda avvalersi delle tutela previste dal codice del consumo. Tuttavia, dall'esperienza maturata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nell'ambito dei giudizi che hanno coinvolto microimprese, ci si rende conto che questa ha supplito a questo onere di accertamento con una semplice visura camerale (a tale proposito, ex multis, AGCM, provv. 15 ottobre 2014, n. 25128, PS9474, in Boll. 2014, n. 42).

Tale *modus operandi* è stato criticato da E. BACCIARDI, *La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, I, p. 244 ss., il quale ha sostenuto che la svalutazione della fase di accertamento dei requisiti contabili e fiscali previsti dalla normativa mal si concilia con le normative di settore che, ad esempio, per valutare la dimensione di un'impresa appartenente ad un gruppo prendono in considerazione i dati consolidati di questo, così come avviene in materia di trasparenza bancaria.

rappresentate in maniera tale da far cadere il consumatore medio in errore in ordine ad almeno uno degli elementi indicati nell'art. 21 cod. consumo²¹⁶.

Facendo leva sull'interpretazione letterale della norma, si ritiene che, mentre l'ingannevolezza derivante da informazioni false possa riguardare qualsivoglia aspetto della pratica, quella legata alle informazioni corrette, ma impiegate in maniera fuorviante, debba essere valutata con riferimento ad uno o più degli elementi citati²¹⁷.

In ogni caso, gli artt. 21- 23 cod. consumo delineano una fattispecie di pericolo in quanto, essendo preordinati a garantire la correttezza dell'attività del professionista già nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale, prescindono dalla sussistenza del pregiudizio economico dei consumatori, ritenendo sufficiente, per qualificare come scorretta la pratica, la potenziale lesione della loro libertà di autodeterminazione²¹⁸.

Gli elementi che possono costituire oggetto delle false informazioni, o comunque delle informazioni vere ma presentate in modo tale da indurre all'errore, sono elencati nello stesso art. 21 cod. consumo. Essi riguardano l'esistenza o la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali ed anche manutentive, il prezzo, la portata degli impegni del professionista, la natura del processo di vendita, le qualità del commerciante e la sua

²¹⁶ Gli elementi in relazione ai quali il consumatore può essere tratto in errore sono elencati nell'art. 21, comma 1, cod. consumo e sono:

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

²¹⁷ Sul punto F. MASSA, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 21, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 145

²¹⁸ T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 4.2.2013, n. 1177; T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 16.6.2011, n. 5390.

titolarità di diritti di proprietà industriale, ed inoltre i diritti che spettano al consumatore (tra i quali il diritto di sostituzione o di rimborso)²¹⁹.

Il secondo comma dell'art. 21 qualifica come ingannevoli le pratiche commerciali che ingenerano confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente, inclusa la pubblicità comparativa illecita (art. 21, 2 comma, lett. a)), nonché quelle pratiche derivanti dal mancato rispetto, da parte del professionista, degli obblighi contenuti nei codici di condotta a cui ha aderito (art. 21, 2 comma, lett. b)).

Per quanto attiene all'ipotesi enunciata alla lett. a), parte della dottrina ha ritenuto «pleonastico» il divieto di pratiche concernenti la commercializzazione di prodotti in grado di creare confusione con i segni distintivi o con i prodotti di un concorrente, in quanto esso sarebbe facilmente ricavabile dall'applicazione del criterio generale di cui al primo comma dello stesso articolo²²⁰. Si è cercato di riconoscere autonomia alla norma in questione, interpretandola alla luce del *considerando* n. 6 della direttiva 05/29²²¹, sottolineando come essa miri a reprimere le pratiche scorrette che, seppur rivolte ad altri professionisti, non esauriscono i loro effetti nel rapporto tra le parti, bensì incidono anche sulle decisioni dei consumatori²²².

Quanto all'ipotesi prospettata alla lett. b), l'aver aderito ad un codice di condotta assume rilievo, ai fini della qualificazione delle pratica come ingannevole, qualora l'impegno assunto dal professionista sia «fermo» e «verificabile» ed inoltre sia manifesto nella pratica commerciale, così da generare la falsa convinzione che l'attività sia conforme a quanto prescritto dal codice di condotta medesimo.

²¹⁹ Per un approfondimento sui singoli elementi richiamati dall'art. 21 cod. consumo si veda, ad es., T. PICA, *Pratiche commerciali ingannevoli, commento sub. art. 21, primo comma, cod. consumo*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giappichelli, Torino, 2009, p. 160 ss.

²²⁰ Così F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del commercio*, 3/2007, p. 55.

²²¹ Il riferimento è al *considerando* n. 6 della direttiva 05/29, nella parte in cui si precisa che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non riguarda, e lascia impregiudicata, le «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».

²²² F. MASSA, in *Codice del consumo e norme collegate, sub. art. 21, op. cit.*, p. 148; ed anche G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori, sub art. 21*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013, p. 172.

Il terzo comma dell'art. 21 qualifica come ingannevole la pratica 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 di vigilanza. Il quarto comma vieta le pratiche commerciali in grado di minacciare, direttamente o indirettamente, la salute dei bambini e degli adolescenti, in quanto suscettibili di raggiungere gli esponenti di tali categorie²²³.

L'art. 22 cod. consumo è dedicato alle "omissioni ingannevoli", e decreta l'illiceità di tutte quelle pratiche commerciali carenti delle informazioni rilevanti per il consumatore medio, necessarie affinché questo possa prendere decisioni consapevoli e libere da condizionamenti. Rientrano in questa tipologia di pratiche, e sono menzionate dal secondo comma dell'articolo in esame, quelle in cui il professionista fornisce in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole, ovvero omette di dichiarare l'intento commerciale della pratica stessa, salvo che ciò non sia desumibile con certezza dal contesto in cui si svolge.

In questo caso, ad essere sanzionata non è l'assenza di informazioni, ma la modalità con cui le stesse sono presentate al consumatore.

Le informazioni che il professionista non può sottacere al consumatore sono quelle «rilevanti». In alcuni casi il giudizio sulla rilevanza delle informazioni viene compiuto attraverso il richiamo alle norme comunitarie²²⁴, altre volte è la stessa disciplina sulle pratiche commerciali scorrette a disporre gli elementi per l'accertamento dell'informazioni omesse, nell'ambito dell'invito all'acquisto (art. 22, quarto comma, cod. consumo). Ad esclusione delle due ipotesi qui considerate, la rilevanza dell'informazione omessa andrà valutata di volta in volta, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e delle eventuali restrizioni, in termini di spazio o di

²²³ Per un giudizio critico in merito all'inserimento, da parte del legislatore italiano, di tali tipologie di pratiche commerciali nel codice del consumo, si veda G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 21, op. cit., p. 172 ss.

²²⁴ L'art. 7, par. 5, della direttiva 05/29 contiene un elenco esemplificativo delle disposizioni del diritto UE che contemplano tali informazioni obbligatorie. Tra di essi, ad es., artt. 4 e 5 della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, art. 3 della direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, artt. 3 e 4 della direttiva 2002/65/CE in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

tempo, imposte al professionista dal mezzo di comunicazione impiegato per la diffusione della pratica, nonché delle eventuali misure adottate dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori attraverso altri mezzi (art. 22, terzo comma, cod. consumo)²²⁵.

Alla luce di un quadro normativo così multiforme, autorevole dottrina ha individuato un presupposto «costante» ed uno «variabile» delle pratiche ingannevoli²²⁶. Il primo, l'elemento costante, è costituito dall'attitudine della pratica ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Il secondo, l'elemento variabile, è costituito dalle singole fattispecie in cui può concretarsi la pratica commerciale, a seconda che si tratti di un'azione o di un'omissione²²⁷. L'accertamento di tali presupposti deve avvenire in concreto, tenendo conto di tutte le circostanze e caratteristiche del caso specifico, salvo che esso non rientri in una delle fattispecie ricomprese nella *black list* di cui all'art. 23 cod. consumo. In questo ultimo caso, si tratterà di una pratica commerciale ritenuta sempre e comunque sleale.

8.1 Le pratiche commerciali aggressive

Gli artt. 24 – 26 cod. consumo sono dedicati alle pratiche commerciali aggressive. L'art. 24 definisce come aggressiva la 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

²²⁵ Sul punto E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 122.

²²⁶ Così G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 21, *op. cit.*

²²⁷ Così, ad esempio, nel caso di omissione ingannevole, l'elemento variabile può consistere nell'omissione di informazioni, nell'occultamento di informazioni rilevanti o nell'messa dichiarazione dell'intento commerciale dell'attività.

indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

L'evidente ampiezza della nozione non ha impedito alla dottrina più attenta di individuare due elementi comuni che caratterizzano tutte le pratiche commerciali aggressive. Il primo è di carattere strutturale e consiste negli atti di molestia e coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o all'indebito condizionamento, tali da limitare la libertà di scelta del consumatore medio.

Il secondo elemento, di carattere funzionale, è rappresentato dall'idoneità della pratica ad indurre, anche solo potenzialmente, il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso²²⁸.

Secondo il Consiglio di Stato, per qualificarsi come aggressiva, una pratica commerciale non deve soltanto condizionare la decisione di natura commerciale del consumatore, ma anche essere attuata facendo ricorso a modalità specifiche.

Ciò significa che la pratica commerciale deve consistere in un comportamento attivo del professionista (molestie, coercizione o indebito condizionamento) che limiti la libertà di scelta del consumatore²²⁹.

Le nozioni di «molestia», «coercizione» ed «indebito condizionamento» meritano alcune osservazioni.

In ordine alle «molestie», la dottrina prevalente ritiene che la relativa nozione vada ricercata alla luce della *ratio* e della sistematica della direttiva 2005/29/CE, dovendosi escludere ogni riferimento alle norme di diritto interno che fanno riferimento a nozioni analoghe²³⁰. Questo significa che, ad esempio, non si potrà far leva sull'art. 1170 cod. civile, relativo all'azione possessoria di manutenzione, o agli artt. 1585 e 1586 cod. civile, che tutelano il conduttore rispetto alle molestie di terzi in relazione al bene

²²⁸ Così L. LA ROCCA, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 24, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 180. Ed anche L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 230.

²²⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria - Sentenza 11 maggio 2012, n.14. ^[1]_{SEP}

²³⁰ In tal senso C. SOLINAS, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 24 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 237-238.

locato²³¹. Alla luce di tali considerazioni, indicazioni in merito alla nozione di «molestia» possono essere dedotte considerando le ipotesi di cui alle lettere b), c) e g) dell'art. 26 cod. consumo, relative alle pratiche commerciali ritenute in ogni caso aggressive. Si tratta di ipotesi in cui la pratica commerciale si traduce in «atti fastidiosi» ed invasivi della sfera personale del consumatore tali da ingenerare in quest'ultimo una «suggerzione o un'interferenza», come nel caso di continue visite da parte del professionista nell'abitazione del consumatore o come quello di ripetute sollecitazioni commerciali per telefono²³². Il disagio così arrecato deve essere tale da far credere al consumatore che solo l'atto voluto dal professionista sia in grado di liberarlo dal turbamento, limitando di fatto la sua libertà di scelta negoziale.

Riguardo alla «coercizione», essa è stata identificata con una pressione molto penetrante, accompagnata da velate minacce ovvero minacce verbali o costrizioni fisiche rivolte a distorcere la volontà del consumatore²³³. Rientrano in questa nozione gli insulti, l'umiliazione agli occhi degli altri consumatori, la prospettazione di mali ingiusti in caso di mancata contrattazione, che possono riguardare tanto la sfera personale del consumatore quanto gli altri soggetti a lui vicini. In ogni caso le minacce devono essere tali da indurre il consumatore ad assumere una certa decisione per evitare la realizzazione degli eventi prospettati²³⁴. Indubbiamente la nozione di coercizione così tratteggiata non può che evocare un classico vizio del consenso: la violenza; ma quanto la violenza fisica e la violenza morale rilevino ai fini della fattispecie in esame verrà verificato più avanti.

Il professionista può porre in essere pratiche aggressive basate su atti di indebito condizionamento del consumatore. Costituisce indebito condizionamento, a norma dell'art. 18 lett. l) cod. consumo, «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto

²³¹ Così anche G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, p. 123, ove l'A. espressamente dice che «in ogni caso, nessuna influenza su tale nozione di diritto dei consumi avranno ipotesi legali di molestia elaborate in altre aree della vita di relazione, ad es., nei rapporti interpersonali o di vicinato o in ogni altra situazione di turbativa di persone o di beni valutabile alla stregua delle clausole dell'ordine pubblico e del buon costume».

²³² L. LA ROCCA, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 24, op. cit., cit. p. 182-183.

²³³ Così G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, op. cit., cit. p. 124.

²³⁴ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, op. cit., cit. p. 239.

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». La possibilità che tale forma di pressione possa assumere tratti violenti, ha spinto parte della dottrina a ravvisare in tale figura una formula riassuntiva di tutte le fattispecie contemplate negli artt. 24 – 26 cod. consumo²³⁵. Altra parte della dottrina preferisce restituire all'indebito condizionamento una più marcata autonomia, individuandone il tratto peculiare nell'abuso, da parte del professionista, di una posizione di preminenza sfociante nell'approfittamento di una situazione di inferiorità (economica, sociale, professionale, ecc.) della controparte²³⁶.

L'art. 25 cod. consumo elenca una serie di criteri da prendere in considerazione per determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento. Essi sono : a) i tempi, il luogo, la natura e la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata²³⁷.

Il quadro generale qui delineato si completa con l'art. 26 cod. consumo, il quale contiene l'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive, e come tali, vietate.

²³⁵ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, op. cit..

²³⁶ G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, op. cit., cit. p. 125.

²³⁷ Per un'analisi dettagliata dei singoli elementi qui riportati si rimanda a C. SOLINAS, in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 25 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 246 ss.

9. I margini di discrezionalità di cui gode l'interprete nell'individuazione di altri tipi di pratiche commerciali vietate

Del rapporto tra clausola generale e fattispecie tipiche si è già detto analizzando l'art. 20 cod. consumo, ma sia consentito richiamare in questa sede le linee generali della questione al fine di trarre qualche considerazione conclusiva.

Si è detto di come parte della dottrina sia propensa ad assegnare alla clausola generale, di cui all'art. 20 cod. consumo, valore sussidiario e dunque marginale.

Altro orientamento considera la clausola generale una disposizione centrale, alla luce della quale interpretare tutte le altre norme contenute nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Il contrasto potrebbe essere superato adottando un'interpretazione intermedia.

L'importanza e l'assoluta centralità della clausola generale non sembrano revocabili in dubbio; essa di fatto identifica i caratteri alla stregua dei quali considerare scorretta una pratica commerciale e contiene gli elementi caratterizzanti le singole fattispecie. In altre parole, esprime la *ratio* del divieto²³⁸.

Alla luce di tali considerazioni, appare sensato ritenere che, almeno per le pratiche ingannevoli ed aggressive che non rientrano nella *black list*, debbano ricorrere anche i presupposti di cui all'art. 20 cod. consumo (contrarietà a diligenza professionale e idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore).

Ma se questo è vero, non meno corretto è ritenere che qualora il comportamento del professionista integri una fattispecie identificata dal legislatore come «in ogni caso scorretta», si prescinderebbe dal valutare la contrarietà a diligenza professionale della pratica e la sua idoneità a falsare il comportamento del consumatore.

In questo modo è possibile riconoscere centralità assoluta alla clausola generale di cui all'art. 20 cod. consumo: essa impone l'accertamento dei requisiti sopra visti per valutare la scorrettezza di ogni tipo di pratica commerciale, anche di quelle già

²³⁸ Così M. RABITTI, in *Le modifiche al codice del consumo*, sub art. 20 cod. consumo, op. cit.

qualificate come aggressive o ingannevoli, ma ne presuppone l'esistenza, per volontà legislativa, per le ipotesi rientranti nelle liste nere.

A questo punto, ci si può chiedere se le fattispecie comprese nelle *black list* introducano presunzioni assolute o relative di illiceità della pratica, ma la questione non è in questa sede preminente, e la sua soluzione è affidata, nel silenzio della legge, ancora una volta alle diverse ricostruzioni degli interpreti.

In ogni caso, alla luce del ruolo preminente della clausola generale, è possibile ritenere che la classificazione in pratiche commerciali ingannevoli e pratiche aggressive sia soltanto esemplificativa.

La clausola generale si mostra in grado di ricoprire tutte le fattispecie che, seppur non classificabili come pratiche ingannevoli o aggressive, presentano i caratteri della contrarietà a diligenza professionale e dell'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore. Anche il tenore letterale dell'art. 20, quarto comma, sembra sottolineare il carattere non esaustivo della classificazione delle pratiche laddove stabilisce che: «*In particolare sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli... b) aggressive...*».

Questa soluzione interpretativa permette una tutela più ampia dei consumatori, in quanto idonea a ricomprendere tutte le ipotesi in cui la volontà risulti in qualche modo lesa²³⁹. La clausola generale, dunque, si risolve quasi in una clausola di salvaguardia degli interessi dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato in generale, assicurando tutela anche per quelle ipotesi di pratiche sleali che sono destinate ad imporsi o mutare nel tempo con il progresso delle tecniche di diffusione e soprattutto con il progresso tecnologico, in grado di veicolare tipi sempre nuovi e diversificati di pratiche commerciali.

Le tematiche sin qui affrontate verranno approfondite nel corso della trattazione con specifico riferimento al mercato digitale, anche al fine di vagliare gli effettivi strumenti di tutela riconosciuti al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta. Pertanto l'indagine, d'ora in avanti, inizierà a intradarsi sulla via dei rimedi.

²³⁹ Così E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, op. cit.

CAPITOLO II

Pratiche commerciali scorrette e mercato virtuale

SOMMARIO: 1. Il mercato virtuale e le piattaforme digitali – 2. Il mercato virtuale quale luogo d’elezione dell’infedeltà del professionista – 3. Pratiche commerciali scorrette perpetrate *dalle* piattaforme digitali – 3.1. La commercializzazione dei dati personali – 3.2. (*Segue*) I dati personali quale oggetto di pratiche commerciali sleali – 4. Pratiche commerciali scorrette perpetrate *sulle* piattaforme digitali – 5. La nuova lista nera di pratiche commerciali scorrette a mezzo internet – 6. Il *Green washing* quale pratica commerciale scorretta perpetrata a mezzo dei *green claims* – 7. La fornitura non richiesta di beni o servizi – 7.1. (*Segue*) Il regime dei rimedi in caso di fornitura non richiesta. – 8. Il fenomeno dell’obsolescenza tecnologica programmata – 8.1. Obsolescenza tecnologica programmata e pratiche commerciali scorrette: il caso *Apple* – 8.2. I rimedi all’obsolescenza programmata – 9. La manipolazione del mercato e dei consumatori attraverso strumenti digitali: manipolazione da parte degli algoritmi, *neuromarketing* e pratiche commerciali scorrette – 9.1. Manipolazione algoritmica e pratiche commerciali sleali – 10. È configurabile il parametro del consumatore medio digitale?

1. Il mercato virtuale e le piattaforme digitali

Le piattaforme digitali, e più in generale l’informatica ed internet, costituiscono oggi un pressoché irrinunciabile strumento di interazione nei più disparati ambiti in cui si articola la vita di relazione, ed inevitabilmente sono destinate ad incidere le relazioni di consumo ²⁴⁰.

Il legislatore europeo, con l’emanazione della c.d. “direttiva omnibus”²⁴¹, si è mostrato attento alla necessità di apportare modifiche e integrazioni alle regole sostanziali di tutela del consumatore, al fine di fronteggiare in modo più efficace le insidie proprie della contrattazione digitale.

Il giudizio sull’efficacia del complessivo sistema di tutela offerto al consumatore è rimesso alle pagine successive di questo lavoro. Qui, si rende preliminarmente necessario dare conto delle novità introdotte dalla disciplina di diritto europeo richiamata, al fine sistematico di comprendere il ruolo delle piattaforme digitali, ormai

²⁴⁰ R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Juscivile*, 3(2020), p. 690, osserva che: «l’informatica, internet, non soltanto incide sulle tecniche commerciali, ma su ogni aspetto delle relazioni interpersonali; sicché è la società civile stessa che si sta e si è già ampiamente trasformata in pochi decenni».

²⁴¹ La ormai nota direttiva del 27/11/2019 n. 2019/2161/UE, pubblicata nella G.U.U.E. 18 dicembre 2019, n. L 328.

protagoniste indiscusse dei rapporti di consumo, e rendere una panoramica del variegato sistema del mercato digitale.

Come per qualsivoglia discorso, occorre dare conto e chiarire i termini tecnici impiegati.

La direttiva omnibus ha modificato la nozione di prodotto già presente nella direttiva 2005/29/CE, ed oggi per prodotto si intende «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i servizi digitali e il contenuto digitale, nonché i diritti e gli obblighi».

E inoltre, ha introdotto *ex novo* la nozione di “mercato online”, che viene definito come «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un’applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori».

Il legislatore europeo, attraverso tali interventi, si è mostrato attento alla rivoluzione digitale in atto, e ha inizia ad accogliere le sfide del mercato digitale.

Ancor più di recente, il Parlamento e il Consiglio europeo hanno raggiunto due accordi politici riguardanti rispettivamente la disciplina del mercato digitale e i servizi digitali²⁴², così di fatto iniziando a delineare quelli che sono i caratteri del “capitalismo digitale”²⁴³, per come concepito all’interno dell’Unione europea.

In particolare, entrambi gli accordi fanno riferimento al ruolo delle piattaforme digitali. Nello specifico, con i richiamati interventi si prende atto che le piattaforme digitali costituiscono ormai elementi strutturali essenziali dell’economia digitale, poiché svolgono un ruolo di intermediazione per la maggior parte delle transazioni tra utenti finali e utenti commerciali. Infatti, alcune piattaforme agiscono come punti di accesso (*gateway*) o da controllori dell’accesso (*gatekeeper*) tra utenti commerciali e utenti finali, e hanno un impatto enorme sui mercati digitali, creando di fatto una forte dipendenza tra loro e gli utenti, che spesso sfocia in comportamenti sleali posti in essere dalle piattaforme – o da chi attraverso di esse opera - nei confronti degli stessi utenti.

²⁴² Rispettivamente gli accordi 23 marzo 2022, COM 2020,842 final e 23 aprile 2022, COM 2020,825 final.

²⁴³ Sulla nozione di capitalismo digitale N. SRNICEK, *Capitalismo digitale. Google Facebook Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, Roma, 2017.

Da qui, il proposito dell'Unione europea di fissare limiti e obblighi agli operatori del settore digitale per consentire, all'un tempo, l'applicazione efficiente delle innovazioni tecnologiche e la tutela degli interessi degli utenti.

Gli utenti, un tempo semplicemente contrapposti alle imprese, oggi appartengono a tre categorie: i professionisti, che si avvalgono delle piattaforme per distribuire prodotti e servizi; i consumatori, che acquistano o usano prodotti e servizi e intrecciano tra loro rapporti comunicativi; e i c.d. *prosumers*²⁴⁴ che sono gli stessi consumatori i quali a loro volta si trasformano in produttori di beni o prestatori di servizi attraverso i motori di ricerca²⁴⁵.

Sono altresì fattori componenti di questo “nuovo” mercato: il commercio elettronico, in cui la reputazione del venditore, o dell'articolo posto in vendita, è costruito sulle recensioni, e quindi sui giudizi dei precedenti utilizzatori; i blog, i siti web, e i social networks, tutti pervasi da uno spirito di collaborazione attiva delle comunità dei loro frequentatori²⁴⁶. Questa circolazione di comunicazioni, di dati, di immagini, forma essa stessa un mercato che si integra perfettamente con l'attività delle piattaforme e degli utenti.

Questo variegato panorama ha attirato l'attenzione dei giuristi, anzitutto perchè pone nuovi problemi e nuove sfide interpretative, portando con sé la necessità di adattare le categorie classiche del diritto a nuove fattispecie, e soprattutto per l'impatto che questo mercato può dispiegare sulle condizioni degli utenti.

Ai fini che qui rilevano, occorre preliminarmente stabilire se in tale panorama le piattaforme digitali possano essere qualificate come professionisti, al fine di ritenere applicabile la disciplina consumeristica ai rapporti tra utenti e piattaforme.

²⁴⁴ A. TOFFLER, *The Third Wave*, New York, 1980, trad.it. *La terza ondata. Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà*, Milano, 1980.

²⁴⁵ In questo mercato, inoltre, giocano un ruolo determinante anche gli utenti visitatori dei vari motori di ricerca e pagine web, atteso che l'attività del visitatore è determinante per fissare il prezzo delle inserzioni pubblicitarie.

²⁴⁶ M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021.

La definizione di piattaforma digitale o piattaforma online si rinviene nel testo della proposta di Regolamento sui servizi digitali²⁴⁷: è tale «un prestatore di servizi di *hosting* che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l' integrazione di tale funzione nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento» (art. 2, lett. h).

Nella proposta di Regolamento sul mercato digitale²⁴⁸ si rinviene la definizione di *gatekeeper* (art. 3, comma 1), per la qualificazione del quale debbono concorrere tre condizioni: avere «un impatto significativo sul mercato interno; gestire un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; detenere una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività».

È importante sottolineare che ogni definizione di piattaforma– descrittiva o tecnica che sia – si preoccupa di mettere in rilievo il rapporto che essa ha con i destinatari finali di beni e servizi scambiati per il tramite della piattaforma stessa. E pure che l'intero fenomeno non riguarda solo la gestione del mercato, ma anche gli effetti che il mercato produce sui fenomeni di circolazione dei dati e delle comunicazioni, delle informazioni, delle opinioni, ecc.

Di qui, appunto, l'avvertita esigenza di tutelare i diritti fondamentali degli utenti, l'identità dei singoli e dei gruppi, di promuovere la lotta alle discriminazioni, oltre che alla trasparenza dei meccanismi di organizzazione delle piattaforme e dei loro rapporti con clienti, consumatori e utenti.

Si intersecano, in questo complesso normativo, ambiti diversi che riguardano il diritto commerciale proprio dei mercati digitali, il diritto pubblico concernente i diritti

²⁴⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE

²⁴⁸ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

fondamentali e i pilastri della democrazia, e il diritto civile, con riguardo ai rapporti contrattuali. Ciò non soltanto nella relazione bilaterale tra la piattaforma e i suoi destinatari, ma anche nel rapporto trilaterale, instaurato dalla piattaforma, che diviene strumento di contatto, per il tramite della sua mediazione, tra i clienti e gli erogatori di beni e servizi.

Da quanto fin qui detto, risulta abbastanza agevole intuire come le piattaforme possano essere concepite come veri e propri enti²⁴⁹. Giuridicamente la piattaforma è una impresa, e se si considerano i *gatekeepers* più noti²⁵⁰, risulta ancora più intuitivo rilevare che si è in presenza di imprese multinazionali dotate di enormi poteri²⁵¹.

Le piattaforme usano il loro potere come qualsiasi altra impresa nei confronti di professionisti e di consumatori, ma sono ancor più temibili sia per la loro posizione sul mercato, che le fa assimilare a veri e propri oligopolisti, sia per la loro attività nel mondo della comunicazione.

Nel diritto interno (e sempre in connessione con il diritto dell'Unione europea) si sono considerati diversi settori in cui già sono state introdotte regole che producono effetti anche nei confronti delle (imprese che governano le) piattaforme, come la tutela del consumatore, la tutela della concorrenza, la tutela del diritto d'autore, la tutela del marchio, la tutela dei dati personali²⁵².

Dunque, il fatto di essere classificate come «*private transnational legal orders*» non le esime dall'osservare le regole del diritto privato degli ordinamenti nazionali e dell'Unione europea: dal punto di vista del diritto interno esse sono imprese multinazionali al pari di altre imprese che operano nel campo della produzione di beni e servizi o nel campo della distribuzione²⁵³.

²⁴⁹ G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2022, p. 721.

²⁵⁰ Si pensi, ad esempio, a *Google, Amazon, Facebook*.

²⁵¹ F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021. L'Autore parla delle piattaforme come «*private transnational legal orders*», cit. p. 84 ss.

²⁵² Per una disamina approfondita E. M. LOMBARDI, *Ai confini della realtà: il neuromarketing applicato al metaverso o delle nuove prospettive dello N&M*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2024, p. 111 ss.

²⁵³ Cfr. G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, op. cit.

La conclusione cui può giungersi, pertanto, è che le piattaforme possano ben ricoprire la qualifica di professionista ai fini dell'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

2. Il mercato virtuale quale luogo d'elezione dell'infedeltà del professionista

La casistica degli interventi più recenti dell'AGCM rivela che è il mercato virtuale il luogo d'elezione dell'infedeltà del professionista.

Attraverso la rete, infatti, avvengono la maggior parte degli scambi commerciali e così, ad esempio, il professionista è in grado di celare la propria identità e rendere incerto il soggetto responsabile dell'esecuzione della prestazione ovvero di celare il proprio indirizzo geografico di stabilimento o altro recapito mediante il quale possa essere raggiunto dal consumatore²⁵⁴.

In rete, poi, la scorrettezza del professionista si può spiegare sul piano delle modalità di assunzione del vincolo. È fatto notorio che il processo di formazione dell'accordo raggiunto mediante modalità telematiche sia difficilmente sussumibile negli schemi consegnati alla tradizione dei codici: sfumano i contorni delle categorie classiche di proposta, invito ad offrire, comportamento esecutivo, e anche il momento esatto di assunzione degli impegni contrattuali diventa fisiologicamente più incerto.

Si aggiunge a tale scenario, però, il fatto che la genesi del rapporto obbligatorio è talora volutamente oscurata dal professionista, ad esempio non rendendo chiaro che attraverso l'interazione con la pagina web si può arrivare a concludere un contratto, ad esempio mediante un ordine di acquisto immediatamente vincolante²⁵⁵.

E ancora, mediante la rete risulta ancora più frequente l'ambiguità informativa circa le caratteristiche essenziali di beni e servizi, spesso celate o volutamente rese

²⁵⁴ Nel caso AGCM, 20 dicembre 2017, n. 26917 – PS10768 (Govolo – Servizi turistici online), l'indirizzo è riportato soltanto in un documento di consultazione eventuale, accessibile mediante un *link* riportato in caratteri piccoli.

²⁵⁵ AGCM, 2 agosto 2017, n. 26722 – PS10391 (Spotify – Sweep 2015).

inaccessibili, ad esempio, mediante la composizione di pagine web in lingua diversa rispetto a quella nazionale²⁵⁶.

Parimenti, è indubbio che le piattaforme digitali arrechino beneficio ai propri utenti, ma è altrettanto vero che le tecnologie della comunicazione e dell'informazione di cui le piattaforme si avvalgono rendono inevitabilmente asimmetrico il rapporto tra le stesse e i loro fruitori.

Le piattaforme, infatti, sono in grado di estrapolare dati e informazioni relativi a coloro che operano su di esse: dati che vengono processati e riutilizzati, consentendo alle piattaforme stesse di incidere, ad esempio, sulle preferenze e abitudini di acquisto dei consumatori; o sulle modalità di presentazione delle offerte degli utenti commerciali²⁵⁷, con evidente sproporzione di potere tra professionista e utente-consumatore.

Non si tratta, con tutta evidenza, dell'asimmetria che ha caratterizzato storicamente il rapporto di consumo, la quale è fondata sul differente bagaglio informativo a disposizione del consumatore, che lo rende contraente debole rispetto al professionista. Nel caso delle piattaforme si tratta piuttosto di un'asimmetria che può definirsi digitale²⁵⁸, che vede contrapporsi la piattaforma come soggetto forte, caratterizzato da quella che è stata detta «supremazia tecnologica», e la folla generalizzata di coloro che della medesima si avvalgono come fruitori (siano essi professionisti o consumatori):

²⁵⁶ Laddove, invece, l'art. 9 cod. consumo espressamente prevede che «tutte le informazioni destinate ai consumatori e agli utenti devono essere rese almeno in lingua italiana» e la diversa condotta può essere sanzionata ex artt. 20, comma 2, 21, comma 1, e 22 cod. consumo.

²⁵⁷ Ad esempio, attraverso l'utilizzo di algoritmi. Emblematiche le vicende che hanno riguardato le piattaforme digitali dei c.d. *rider*, sul cui tema sia consentito rimandare a V. FERRANTE, *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, in *Dir. rel. Ind.*, 1(2021), p. 215; e F. CARINCI, *Tribunale Palermo 24/11/2020 L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1(2021).

²⁵⁸ Il tema è affrontato da N. HELBERGER - O. LYNSKEY - H-W. MICKLITZ - P. ROTT - M. SAX - J. STRYCHARZ, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project*, 2021, p. 51, in ([https://www.beuc.eu/publications/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetriesdigital consumer - markets - 0](https://www.beuc.eu/publications/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetriesdigital%20consumer%20markets%20-%200)) ove si legge che «*digital asymmetry will and may never be reduced to information asymmetry. Digital asymmetry is a structural phenomenon that affects all consumers and that cannot be overcome by providing ever more information. As the consumer is structurally and universally unable to 'understand' the digital architecture, information in whatever form cannot remedy the existing asymmetry*».

soggetti deboli, che subiscono le modalità di funzionamento delle stesse, senza possibilità di incidere in alcun modo sul rapporto.

Ciò non significa il superamento dell'impianto tradizionale dei rapporti di forza tra professionisti e consumatori che eventualmente si incontrano sulla piattaforma digitale per vendere e acquistare beni e servizi: perché il professionista venditore, o prestatore del servizio, è pur sempre soggetto forte rispetto al consumatore che con esso stipula il contratto. Resta dunque operante la disciplina a tutela del consumatore, così come quella del commercio elettronico, anche ove il contratto si stipuli non già direttamente sul sito web del professionista, ma tramite l'intermediazione della piattaforma²⁵⁹.

Piuttosto, alla versione originaria dell'asimmetria, che si manifestava nella dimensione microeconomica del contratto, se ne aggiunge una nuova: quella che vede contrapporsi la piattaforma digitale a tutti coloro che variamente se ne avvalgano (professionisti o consumatori che essi siano) per le più svariate forme di interazione tramite *web*.

Per questa via, si va dunque rimodulando la categoria già ampia e articolata del "contraente debole" nel mercato. Esso non è più soltanto il consumatore rispetto al professionista, o il professionista debole rispetto al professionista dotato di maggior forza contrattuale; contraente debole è infatti oggi anche qualunque professionista che sceglie di avvalersi di una piattaforma digitale per offrire al pubblico i propri beni e servizi²⁶⁰.

Tale contraente debole, a fronte dei benefici che ottiene per il tramite della piattaforma, ne diviene tuttavia in certa misura dipendente, e perciò soggetto al potere di quest'ultima e ai meccanismi non sempre trasparenti di cui essa si avvale nel porre in essere la propria attività di intermediazione²⁶¹.

²⁵⁹ C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, p. 909.

²⁶⁰ Su tali rapporti si veda V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata*, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2014, p. 25.

²⁶¹ Per un approfondimento sul tema si veda M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e Impresa*, 3 (2021), p. 925.

Come anticipato, anche nei rapporti tra piattaforme digitali e consumatori i profili entro i quali possono annidarsi condotte abusive delle piattaforme, frutto della già richiamata asimmetria digitale, sono molteplici.

Tuttavia, va precisato che non ogni forma di scorrettezza che si verifichi su una piattaforma digitale in danno dei consumatori può considerarsi per ciò solo pratica commerciale scorretta imputabile alla piattaforma stessa. Vi sono infatti casi nei quali, stante l'attuale quadro normativo, l'esito di responsabilità della piattaforma non è (o non dovrebbe essere) scontato, sebbene la scorrettezza si verifichi sulla piattaforma stessa, ad opera dei suoi fruitori.

Si impone pertanto una differenziazione tra pratiche commerciali scorrette poste in essere *dalle* piattaforme e pratiche commerciali scorrette poste in essere *sulle* piattaforme. Di tale fenomeno si cercherà di rendere il conto nelle pagine seguenti.

3. Pratiche commerciali scorrette perpetrate *dalle* piattaforme digitali

Come premesso, la piattaforma riveste la qualità di soggetto professionale ai sensi della direttiva 2005/29/CE²⁶².

In quanto soggetto professionale, la piattaforma è dunque chiamata a comportarsi secondo lo standard di diligenza che deve accompagnare le pratiche commerciali, e definito - dall'art. 18, co. 1, lett. h, cod. consumo - come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

Ove detto standard venga violato, eventualmente attraverso condotte specificamente riconducibili alle fattispecie delle pratiche commerciali ingannevoli, o di quelle aggressive, questo varrà a far sorgere una responsabilità in capo alla piattaforma,

²⁶² Definito all'art. 2 lett. b, cod. consumo, come «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

laddove si verifichi altresì l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio, consistente «nell'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 18, co. 1, lett. e, cod. consumo).

Ebbene, nel caso in cui tutti tali requisiti sussistano non vi è ragione di escludere che la piattaforma debba rispondere alla luce della disciplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette. Il che, come si è anticipato, è avvenuto con riguardo a condotte variamente articolate, e in diversi ambiti dell'intermediazione *on-line*.

In un procedimento recente²⁶³, ad esempio, una nota piattaforma «dove è possibile vendere e acquistare oggetti di abbigliamento e articoli per la casa» descriveva il proprio servizio d'intermediazione come “gratuito”, e così induceva gli utenti a preferirla ad altre, attratti dall'assenza di costi aggiuntivi al prezzo dei beni e servizi e scambiati per mezzo della piattaforma. Sennonché il servizio prestato dalla piattaforma era effettivamente gratuito solo per coloro che su di essa vendevano i propri beni: non invece per coloro che detti beni ambivano a comprare; essi, in concomitanza con l'acquisto, si trovavano a dover pagare una inattesa commissione sull'operazione effettuata.

Nell'ipotesi descritta, l'AGCM ha dichiarato come ingannevole il comportamento posto in essere dalla piattaforma, e ciò in quanto il consumatore, «secondo il paradigma individuato nelle norme del Codice del Consumo poste a tutela della libertà di scelta del medesimo, [deve] disporre contestualmente – fin dal primo contatto – di tutte le informazioni utili ad assumere la decisione di natura commerciale»²⁶⁴.

Invero, quale caso emblematico di pratica commerciale scorretta perpetrata dalla piattaforma digitale, può altresì essere richiamato quello in cui l'Autorità ha sanzionato la più nota piattaforma di *social network* per non avere adeguatamente rappresentato ai suoi utenti che l'iscrizione avrebbe comportato l'acquisizione da parte della stessa

²⁶³ AGCM, 20 luglio 2021, PS12003 - *Vinted-problematiche varie su vendite on line*, Provvedimento n. 29788.

²⁶⁴ AGCM, 20 luglio 2021, PS12003 - *Vinted-problematiche varie su vendite on line*, Provvedimento n. 29788, paragr. 20.

dei loro dati personali²⁶⁵. Anche in questo caso la contestazione riguardava l'asserita "gratuità" della piattaforma, della quale tuttavia l'Autorità ha ritenuto di dubitare in considerazione del fatto che, in cambio dell'iscrizione, il consumatore era indotto a cedere i propri dati personali. L'ingannevolezza della pratica commerciale è stata perpetrata, nella ricostruzione dell'Autorità, mediante lo «sfruttamento, inconsapevolmente per l'utente, dei dati da costui offerti al momento dell'iscrizione». Tuttavia, per l'importanza che il caso ha rivestito e per la complessità delle tematiche affrontate, il tema dello sfruttamento dei dati personali sarà oggetto di specifica trattazione nei paragrafi seguenti.

3.1. La commercializzazione dei dati personali

Nell'era dei *social-networks* e dell'internet delle cose²⁶⁶, le attività, i pensieri e le preferenze di milioni di persone vengono riversati sulla rete e rielaborati sotto forma di dati.

Sempre più di frequente, poi, il consenso al trattamento dei dati personali costituisce il presupposto per poter usufruire dei vari servizi digitali²⁶⁷.

In tali casi, cioè, per poter usufruire del servizio, per gli utenti è sufficiente accettare le condizioni generali di contratto predisposte dal fornitore del servizio digitale, tra le quali è normalmente previsto anche il consenso al trattamento dei dati per finalità

²⁶⁵ AGCM, 29 novembre 2018, PS11112 *Facebook – condivisione dati con terzi*, Provvedimento n. 27432.

²⁶⁶ Cfr. Commissione Europea, *Internet of things - An action plan for Europe*, COM (2009) 278 def., 18 giugno 2009, 2; Parlamento Europeo, risoluzione del 15 giugno 2010, *Internet of things*, 2009/2224 (INI) ove il termine internet delle cose viene utilizzato per riferirsi all'estensione di internet al mondo degli oggetti e dei luoghi.

²⁶⁷ R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2020, p. 760- 805; V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino 2019, p. 23-59; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, ivi, 23-59; N. ZORZI (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova 2019; V. ZENO-ZENCOVICH, *Do Data Market exist?*, *Media Laws*, 2019, p. 22-38; G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 2-15.

diverse da quelle strettamente necessarie per l'esecuzione del servizio, come per esempio quelle di profilazione per finalità pubblicitarie.

In questo modo, sebbene il servizio venga presentato come formalmente gratuito, il corrispettivo è costituito dal trattamento dei dati dell'utente, i quali a loro volta vengono ceduti dietro corrispettivo a soggetti terzi per consentire pubblicità mirata e per consentire di attuare politiche di diversificazione dei prezzi, con conseguente erogazione di beni o servizi a costo maggiore o minore, e così via²⁶⁸.

Si tratta, ormai, di un vero e proprio modello economico diffuso su larga scala, e basti pensare a tal riguardo ai motori di ricerca più utilizzati, come *Google*, o ai *social networks* più diffusi, come *Instagram* e *Facebook*, che si avvalgono normalmente di tale tecnica per continuare ad offrire “gratuitamente” i propri servizi.

I dati personali, al giorno d'oggi, divengono beni appetibili per gli operatori del settore che offrono servizi digitali. D'altronde, è stato stimato che la raccolta di dati può comportare, per tali prestatori di servizi, un risparmio di spesa pari al 10 – 15% consentendo previsioni più attendibili e precise circa i consumi, sino ad arrivare a costituire un fattore di crescita pari allo 0,8 – 1,4% annuo; ed il dato è ancora più impressionante se solo si considera che si tratta di risorse che altrimenti resterebbero inutilizzate²⁶⁹.

Dunque, posto che ormai non sembra potersi revocare in dubbio che sia configurabile un diritto di natura patrimoniale allo sfruttamento economico dei dati personali, pare possibile oggi affermare che tali dati siano veri e propri beni²⁷⁰. Del resto, l'art. 810 c.c. considera beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

Quindi, in linea teorica nulla osta alla configurabilità di un autonomo diritto allo sfruttamento dei dati personali, di carattere patrimoniale e quindi disponibile tramite contratto, con la specificazione che non si tratta di contratto riconducibile alla vendita

²⁶⁸ G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziazione*, in *Dir. inf. e informatica*, 2020, p. 635-674; ID., *Profilazione e pubblicità targhettizzata on line*, Napoli 2021.

²⁶⁹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2018, p. 442-460, 442 ss. E inoltre, come ha scritto *The Economist*: “the world's most valuable resource is no longer oil, but data”.

²⁷⁰ A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017.

di beni digitali o alla somministrazione di tali beni, dato che non è previsto un corrispettivo pecuniario. Piuttosto, trattasi di contratto atipico con causa mista, posto che da un lato viene prestato il consenso al trattamento dei dati personali e, dall'altro lato, si consegue un bene o un servizio digitale, ove lo stesso consenso al trattamento dei dati personali costituisce la controprestazione richiesta per la fornitura di tali beni o servizi digitali²⁷¹.

Nel contesto di questa rivoluzione digitale, tecnologica ed economica, la tutela del consumatore diviene un tema centrale. Nonostante le dichiarazioni circa la gratuità del servizio, infatti, si rimane comunque in presenza di contratti a titolo oneroso, connotati da sinallagmaticità, che impongono l'applicabilità, oltre che del GDPR e della disciplina del contratto in generale, anche della disciplina dei contratti del consumatore, a tutela della parte debole di tale rapporto contrattuale²⁷².

Se si accede, pertanto, alla ricostruzione della richiamata fattispecie in termini di rapporto contrattuale, *sub specie* di contratto di adesione a predisposizione unilaterale, potrà trovare applicazione la disciplina sulle clausole vessatorie (art. 33 cod. consumo) ovvero la disciplina in materia di forma, doveri di informazione, *ius poenitendi*, e così via²⁷³.

Del resto, la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi a tal proposito confermando l'applicabilità ai contratti in questione della disciplina dei contratti del

²⁷¹ P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. di Diritto civile*, n. 6/2022, p. 1054.

²⁷² TAR Roma 10 gennaio 2020, n. 260; Cons. St. 29 marzo 2021, n. 2360, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, I, p. 1079; G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2018, p. 411.

²⁷³ Invero, in dottrina la ricostruzione in termini negoziali delle condizioni negoziali di contratto predisposte dal titolare del sito è stata contestata in base alla considerazione che chi si limita ad entrare in un sito senza acquistare nulla non stipulerebbe nessun contratto, al pari di chi entra in un negozio per prendere visione della merce, salva la necessità di sottostare agli eventuali divieti predisposti in modo unilaterale da parte del gestore del sito, con conseguente necessità di distinguere a seconda che si tratti di condizioni generali relative al contratto o al sito (Cfr. G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 420).

Si consideri tuttavia che se per poter entrare nel sito, anche senza acquistare nulla, viene richiesto il consenso al trattamento dei dati personali, per ciò stesso ha luogo la conclusione di un vero e proprio contratto di scambio, in virtù del quale il corrispettivo per poter navigare nel sito è per l'appunto costituito dal consenso al trattamento dei dati personali (Cfr. P. GALLO, *op. cit.*).

consumatore, anche per quel che riguarda in particolare le pratiche commerciali scorrette.

Sul tale specifico aspetto, pertanto, continuerà la presente indagine.

3.2. (Segue) I dati personali quale oggetto di pratiche commerciali sleali

L'AGCM ha svolto un ruolo essenziale nel riconoscimento della dimensione economico-patrimoniale dei dati personali.

Con un provvedimento sanzionatorio adottato nei confronti di *Facebook*²⁷⁴, infatti, l'Autorità ha sanzionato il colosso del *web* per pratiche commerciali scorrette, così di fatto riconoscendo l'esistenza di un'economia dei dati e, indirettamente, la liceità dell'operazione economica rappresentata dallo scambio di dati a fronte di servizi digitali.

Soprattutto in siffatta operazione economica l'Autorità ha ravvisato un rapporto di consumo, con la conseguente applicabilità del diritto dei consumatori, soprattutto in merito alla tutela da pratiche commerciali scorrette.

Ed infatti, l'AGCM ha rilevato l'ingannevolezza della condotta del fornitore del servizio, ex artt. 21 e 22 c. cons., concretizzatasi nell'indicare agli utenti la gratuità del servizio al momento della registrazione alla piattaforma²⁷⁵.

²⁷⁴ Con provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, notificato in data 7 dicembre 2018, l'Autorità ha accertato che *Facebook Inc.* e *Facebook Ireland Ltd.* hanno posto in essere una pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo, per aver ingannevolmente indotto gli utenti consumatori a registrarsi sulla Piattaforma *Facebook*, non informandoli adeguatamente e immediatamente, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti e, più in generale, delle finalità remunerative che sottendono la fornitura del servizio di *social network*, enfatizzandone la sola gratuità.

²⁷⁵ Secondo l'istruttoria compiuta dall'AGCM, la raccolta e lo sfruttamento dei dati personali degli utenti avveniva in presenza di una dichiarazione contenuta nella pagina di iscrizione al servizio *Facebook* che affermava: "Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre". L'Autorità, però, rilevava che "il business model del gruppo FB [*Facebook*, n.d.r.] si fonda proprio sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi configurandosi, pertanto, tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di *Facebook Ireland Ltd.* e il 98% del fatturato di *Facebook Inc.*".

Ad avviso dell'AGCM, la contestuale raccolta e sfruttamento dei dati personali degli utenti da parte del fornitore del servizio costituisce una “controprestazione” per l'uso del *social network* stesso; sicché, lungi dall'essere gratuito come dichiarato, il servizio risulta essere, di fatto, oneroso²⁷⁶.

Siffatta fuorviante qualifica viene così ritenuta pratica commerciale scorretta ingannevole, in quanto in grado di indurre il consumatore a prendere una scelta commerciale che non avrebbe altrimenti preso, e cioè la registrazione e la permanenza nel *social network*.

Inoltre, l'AGCM ha considerato pratica aggressiva, ai sensi degli artt. 24 e 25 cod. consumo, la condotta del fornitore del servizio in riferimento alla trasmissione dei dati personali degli utenti a terzi per fini di profilazione e per fini commerciali, poiché avvenuto in difetto di apposito ed espresso consenso degli interessati.

L'istruttoria svolta dall'Autorità ha evidenziato che il consenso alla possibilità per *Facebook* di trasmettere dati a terzi risultava già preselezionato in automatico, residuando in capo all'utente una mera facoltà di “*opt-out*”. Ciò, ad avviso dell'Autorità, rappresentava un indebito condizionamento delle scelte dei consumatori, costretti a consentire a *Facebook* siffatto trattamento dei dati per evitare una serie di limitazioni nell'utilizzo del servizio. Da qui, l'aggressività della pratica della preselezione del consenso alla cessione dei dati²⁷⁷.

Facebook ha proposto ricorso al TAR avverso il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, essenzialmente sostenendo l'impossibilità di applicare al caso di specie la disciplina consumeristica, per essere la materia della protezione dei dati personali regolata esclusivamente dal GDPR²⁷⁸ che, senza dubbio, non considera i dati personali beni patrimoniali in senso tecnico, ma, al contrario, protegge le sole libertà fondamentali della persona insuscettibili di valutazione economica. Questa qualificazione dei dati personali escluderebbe l'esistenza stessa dei presupposti per

²⁷⁶ F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 1 settembre 2021, p. 609.

²⁷⁷ Rispetto a tale condotta aggressiva contestata a *Facebook*, i giudici amministrativi hanno ritenuto che – in definitiva – essa non integrasse una pratica commerciale scorretta.

²⁷⁸ Come noto, il *General Data Protection Regulation*, Reg. UE 27 aprile 2016, n. 679.

l'applicazione delle tutele del Codice del consumo, diretto a proteggere, invece, la libertà negoziale e l'equilibrio degli interessi delle parti nelle relazioni negoziali tra operatori economici e consumatori.

Diversamente opinando, infatti, secondo la ricostruzione della piattaforma ricorrente si giungerebbe al paradosso di colpire gli stessi comportamenti, divenuti illeciti sia per il GDPR che per il Codice del consumo, con due differenti ordini di sanzioni.

La vicenda è giunta al Consiglio di Stato che, con due sentenze gemelle²⁷⁹, ha sancito la qualificazione dei dati personali come beni patrimoniali, facendone discendere l'applicabilità delle tutele del Codice del consumo e delle relative sanzioni per la loro violazione e, allo stesso tempo, ha affermato il confine di applicazione delle norme del GDPR rispetto alle altre discipline di settore.

Rispetto al preliminare nodo interpretativo da sciogliere, e cioè quello attinente alla qualificazione dei dati personali, le sentenze richiamate ritengono che la natura di beni patrimoniali dei dati personali deriverebbe dalla possibilità di sfruttarli a fini economici in ogni attività umana digitalizzata.

La premessa di tale ragionamento è che se un'attività ha conseguenze economiche nella sfera soggettivo-individuale dell'individuo, allora influisce su posizioni sostanziali che hanno necessariamente un oggetto di carattere economico. È lo stesso sfruttamento economico del dato personale, in sostanza, che lo qualifica come un bene con carattere patrimoniale. La possibilità stessa di commercializzare i dati personali, in definitiva, impedisce di considerarli *res extra commercium*.

Per quanto concerne l'interferenza tra GDPR e codice del consumo, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'oggetto di disciplina del GDPR è amplissimo e di fatto «estende il proprio ambito di applicazione fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale»²⁸⁰. Per questo, sarebbe irragionevole non considerare applicabili tutte le altre disposizioni di tutela astrattamente riconducibili a fenomeni di trattamento dei dati personali.

²⁷⁹ Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 17/09/2020) 29/03/2021, n. 2631 e Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 17/09/2020) 29/03/2021, n. 2630.

²⁸⁰ Cfr. p. 23 sent., Cons. Stato n. 2631/2021 e p. 27 della sent., Cons. Stato n. 2630/2021.

Tuttavia, proprio a fronte di tale inferenza, si rende necessario chiarire i criteri da applicare al fine di individuare il tipo di tutela rilevante per la fattispecie di volta in volta in esame, anche al fine di evitare duplicazioni sanzionatorie.

Il GDPR, a ben vedere, regola inequivocabilmente, secondo il suo apparato testuale, ogni attività relativa al trattamento dei dati.

Tuttavia, risulta essere diverso l'ambito di tutela del regolamento europeo rispetto a quello del Codice del consumo.

Il GDPR, secondo la ricostruzione delle sentenze richiamate, protegge ogni diritto personalissimo interessato dal trattamento delle informazioni, mentre la tutela apprestata dal codice del consumo protegge parimenti un diritto personalissimo, ma nella sua dimensione di diritto "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore.

Si delinea, in questo modo, una sorta di tutela multilivello dei diritti della persona che vengono protetti nella dimensione informativa in senso stretto dal GDPR, e nella dimensione commerciale dalla disciplina consumeristica.

In altri termini, rispetto alle attività che possono concernere il trattamento dei dati personali, è possibile ritenere che il GDPR regoli le fattispecie che possono ledere i diritti personalissimi, considerati di per sé stessi, senza conseguenze economicamente rilevanti; mentre il Codice del consumo disciplini e appronti strumenti di tutela alle attività che possono ledere i diritti della sfera economico-finanziaria dei titolari dei dati personali.

In definitiva, si tratta di due discipline autonome, con propri ambiti di applicazione e proprie sanzioni impugnabili di fronte a giudici differenti, ordinario ed amministrativo, che pertanto escludono, in fattispecie come quella presa in esame, una irragionevole duplicazione sanzionatoria²⁸¹.

²⁸¹ Cfr., sul tema, C. SOLINAS, *Trattamento dei dati personali e pratiche commerciali scorrette - Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2021, p. 320.

4. Pratiche commerciali scorrette perpetrate *sulle* piattaforme digitali

Se rispetto alle condotte poste in essere dalle piattaforme digitali risulta pacifica l'applicabilità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, maggiori problemi interpretativi pone l'eventuale applicazione della disciplina richiamata nei casi in cui la condotta scorretta sia stata posta in essere non già dalla piattaforma digitale, bensì dai suoi utenti: ossia da coloro che sulla piattaforma variamente operano, ad esempio, vendendo i propri beni e servizi.

Sono diverse e variegate le ipotesi di pratiche commerciali scorrette poste in essere sulle piattaforme digitali giunte all'attenzione dell'Autorità.

In un caso riconducibile ai tempi dell'epidemia da Covid-19, ad esempio, su una piattaforma digitale intermediaria nella vendita di beni e servizi si era assistito alla «pubblicazione di inserzioni di vendita di prodotti sanitari e/o parasanitari, tra i quali mascherine filtranti e kit test per l'autodiagnosi, connotati da claim relativi all'asserita capacità di prevenzione rispetto al contagio da Covid-19 o di rilevazione del virus nel sangue umano»²⁸².

Condotte come quelle descritte integrano senza dubbio la fattispecie vietata dalla direttiva 2005/29/CE, dal momento che esse forniscono al consumatore informazioni non corrispondenti al vero sulle proprietà dei beni venduti, e sono idonee ad incidere sul comportamento economico del consumatore, reso ulteriormente vulnerabile dai timori indotti dalla pandemia.

Senonché, nel caso di specie, dette condotte non erano poste in essere dalla piattaforma digitale nei confronti della quale l'AGCM ha aperto il procedimento, bensì da parte di venditori terzi che si sono serviti, a tali fini, della piattaforma.

Cionondimeno, l'Autorità ha ritenuto che, in ipotesi siffatte, assume rilievo la responsabilità gravante sul gestore della piattaforma digitale, responsabile delle vendite effettuate per il tramite della propria piattaforma.

²⁸² Oltre che all'indicazione di prezzi «in modo ambiguo e notevolmente incrementati rispetto al periodo precedente alla pandemia». Il procedimento è il PS11734, chiuso con provvedimento 28445, nell'adunanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, del 10 novembre 2020.

Il gestore della piattaforma, pertanto, viene ritenuto obbligato, anche sulla base dello standard di diligenza professionale di cui all'articolo 20 del Codice del Consumo, ad adottare misure volte ad evitare fenomeni di speculazione e di scorrettezza, ovvero ad impedire e prevenire l'utilizzazione di diciture orientate ad indurre i consumatori in errore circa l'acquisto dei prodotti presentati.

Invero, il procedimento in esame si è chiuso mediante l'accettazione da parte dell'Autorità di impegni assunti dalla piattaforma, volti a prevenire nuovi analoghi episodi di scorrettezza²⁸³.

L'accettazione degli impegni non equivale a negare, ed anzi ne è una conferma, che la piattaforma possa astrattamente rispondere di illeciti commessi su di essa, anche eventualmente da parte di altri soggetti. Inoltre, la presentazione e l'assunzione degli impegni da parte della piattaforma rafforza l'idea per cui la piattaforma stessa, che pur non sia autrice di condotte scorrette, debba attivarsi affinché queste non abbiano luogo suo tramite.

Nei casi di condotte poste in essere da soggetti terzi rispetto alle piattaforme, e tuttavia coinvolgenti la piattaforma stessa, l'atteggiamento repressivo dell'Autorità è facilmente spiegabile: la potenza delle piattaforme – sia per le ragioni di asimmetria digitale che connaturano il rapporto con gli utenti, sia per il fatto che esse traggono profitto grazie alle interazioni che sono in grado di facilitare per il proprio tramite – le elegge a centro d'imputazione naturale delle condotte lesive che per loro tramite vengono poste in essere, anche eventualmente da soggetti terzi.

Tuttavia, l'impostazione che conduce all'affermazione della responsabilità delle piattaforme per le pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli utenti che si

²⁸³ L'art. 27, comma 7, cod. consumo consente la conclusione del procedimento dinanzi all'AGCM mediante la presentazione e la successiva assunzione, da parte del professionista, di impegni da presentare in forma scritta entro 45 giorni dal ricevimento dell'avviso di avvio del procedimento. Qualora l'Autorità valuti gli impegni idonei a far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale dispone con provvedimento la loro accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista, chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione. Il potere dell'Autorità nel decidere se adottare o meno una decisione di accettazione degli impegni è altamente discrezionale, per come ribadito costantemente dal giudice amministrativo e ordinario (cfr. TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 448 e n. 449; TAR Lazio, Sez. I, 17 settembre 2013, n. 8313; Cass. Civ., Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3897).

avvalgono della loro intermediazione esibisce qualche fragilità su cui vale la pena di soffermarsi.

Nel caso riportato, l'AGCM ha di fatto riconosciuto un dovere di sorveglianza della piattaforma rispetto ai contenuti pubblicati dai suoi utenti; sorveglianza cui, tuttavia, la piattaforma non era tenuta, per espressa previsione di legge.

L'art. 17²⁸⁴, co. 1, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, infatti – rubricato “Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza” – all'epoca vigente, prevedeva che «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»²⁸⁵.

Risultava allora lecito domandarsi se affermare la responsabilità della piattaforma per pratiche commerciali scorrette, quando della scorrettezza fossero autori soggetti terzi, non fosse contrastante con l'impianto della disciplina da ultimo richiamata, che detta responsabilità – sebbene con specifico riguardo al piano civile – sembrava invece escludere sul presupposto dell'assenza di un dovere di sorveglianza in capo alla piattaforma.

La questione è stata affrontata dal Consiglio di Stato²⁸⁶ il quale, anzitutto, ha affermato che non vi sia una oggettiva incompatibilità tra la figura del professionista, ai sensi della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, e quella di *hosting provider*, ai sensi della normativa sul commercio elettronico; e d'altro lato, ha specificato che dette

²⁸⁴ Oggi abrogato dall'art. 3 del decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 50 contenente «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, recante il testo unico dei servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 di modifica della direttiva 2010/13/UE».

²⁸⁵ La richiamata previsione legislativa è coerente con il generale regime di (ir)responsabilità scaturente dal d.lgs. 70/2003.

Sul punto, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano 2018, p. 289, il quale, a proposito degli artt. 14, 15, 16 d.lgs. 70/2003, afferma che «una considerazione d'insieme della disciplina ora esaminata ne mette in luce la singolarità. Le regole che la costituiscono, infatti, diversamente da quelle che potremmo dire ordinarie in materia non sono di responsabilità ma di irresponsabilità. La legge cioè, agli artt. 14, 15 e 16 invece di individuare, come in genere fa, una fattispecie di responsabilità, descrive come aliene da responsabilità determinate fattispecie, per poi enucleare una serie di fatti impeditivi della non responsabilità, soltanto al verificarsi dei quali sorge la responsabilità».

²⁸⁶ Cons. di Stato, sentenza 18 maggio 2021, n. 3851.

discipline devono essere coordinate tra di loro. Pertanto, risulta possibile sanzionare le condotte che violino le regole della correttezza professionale, ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'*hosting provider* prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico.

Pertanto, è da escludersi la radicale immunità delle piattaforme digitali per le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai loro utenti professionali.

Analoga linea interpretativa è stata tracciata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁸⁷, che ha recentemente distinto due modi possibili di svolgere il servizio di *hosting*, cui si riconnetterebbero differenti esiti sul piano della responsabilità. Accanto all'*hosting provider* passivo, che non partecipa alla elaborazione dei contenuti pubblicati dai suoi fruitori, si è elaborata la figura dell'*hosting provider* attivo, il quale pone in essere condotte che abbiano l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti.

Questo distinguo è considerato valevole dalla giurisprudenza amministrativa anche per la responsabilità da pratiche commerciali scorrette, che può e deve essere affermata là dove vi sia la «dimostrazione della presenza di elementi, nell'attività del professionista, idonei a dimostrare una “conoscenza e controllo preventivo” dell'informazione contestata, ovvero il potere di “manipolazione” del contenuto memorizzato dai terzi intermediati»²⁸⁸.

Gli approdi giurisprudenziali richiamati, unitamente agli interventi legislativi in materia, che hanno di fatto abrogato il regime di irresponsabilità delle piattaforme digitali, sembrano dunque deporre nel senso di un rafforzamento progressivo della responsabilità delle piattaforme, rispetto al regime di irresponsabilità che era stato tracciato dal d.lgs. 70/2003, e originariamente previsto al fine di favorire l'espansione del mercato digitale.

Oggi è maggiormente avvertita la necessità di protezione dei soggetti deboli – e primariamente dei consumatori-utenti – che delle piattaforme variamente si avvalgano,

²⁸⁷ Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, cui nota di R. BOCCHINI, *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2606.

²⁸⁸ Cons. di Stato, 18 maggio 2021, n. 3851 (3.9.4).

con conseguente maggior rigore nei confronti di queste ultime sul piano della responsabilità. E l'applicazione alle piattaforme digitali della disciplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette per il tramite dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituisce senz'altro efficace strumento di tutela dei consumatori, a fronte della forza economica e digitale delle stesse piattaforme.

5. La nuova lista nera di pratiche commerciali scorrette diffuse a mezzo internet

Come anticipato, la rivoluzione digitale in atto non ha lasciato indifferente il legislatore europeo, conscio del fatto che attraverso il web e internet le pratiche commerciali scorrette si sarebbero moltiplicate.

Ed infatti, la Direttiva 2019/2161/UE si muove, in buona sostanza, in due direzioni distinte: da un lato, quella dell'ampliamento del perimetro delle pratiche commerciali da considerarsi scorrette e, quindi, vietate; da altro lato, quella di una più puntuale disciplina dei rimedi esperibili a fronte di una pratica commerciale scorretta.

Di questo ultimo aspetto, verrà dato conto nel capitolo successivo.

Quello che qui interessa, invece, è che, nella presa di coscienza di un contesto digitale mutato, il legislatore europeo si è mostrato attento alle problematiche che in questi anni sono venute progressivamente emergendo nei settori, in rapida e costante evoluzione, del mercato digitale²⁸⁹.

Un esempio in questo senso è certamente rappresentato dalla circostanza che sono stati ricompresi nella definizione di “prodotto” anche “ i servizi digitali e il contenuto digitale” (art. 2, lett. c, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE); che è stata introdotta una specifica definizione di “mercato online”²⁹⁰

²⁸⁹ Cfr. sul tema C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *I Contratti*, n. 5, 1 settembre 2021, p. 493; U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation - Piattaforme e content moderation negoziale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2024, p. 442.

²⁹⁰ Oggi trasposta nell'art. 18 lett. n-ter), cod. consumo, il quale definisce il “mercato online” come «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per

(art. 2, lett. n, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE); che è stato ampliato il novero delle “informazioni rilevanti” ai fini della qualificazione come “ingannevole” di una pratica commerciale scorretta (art. 7, parr. 4, lett. f, 4-bis e 5, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

Non da ultimo, riflette l’attenzione del legislatore al mercato digitale anche l’inserimento nella *black list* delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli – di cui all’art. 23 cod. consumo - anche il «fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all’interno di tali risultati»; il «rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all’acquisto di biglietti»; l’«indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori»; l’«inviare, o incaricare un’altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti» (nn. 11-bis, 23-bis, 23-ter, 23-quater dell’All. I, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

Peraltro, non mancano previsioni volte, in generale, a legittimare l’introduzione nelle normative nazionali di «disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l’abitazione di un consumatore, oppure escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l’effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori» (art. 3, par. 5, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE); ovvero a ricondurre tra le “azioni ingannevoli”

conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori».

anche «qualsivoglia attività di *marketing* che promuova un bene, in uno Stato membro, come identico a un bene commercializzato in altri Stati membri, mentre questo bene ha una composizione o caratteristiche significativamente diverse, salvo laddove ciò sia giustificato da fattori legittimi e oggettivi» (art. 6, par. 2, lett. c, Dir. 2005/29/CE, così come modificata dalla Dir. 2019/2161/UE).

In linea generale, per quanto concerne le nuove fattispecie di pratiche commerciali considerate in ogni caso scorrette, occorre rilevare che, anzitutto, si pone una questione di diritto intertemporale.

In forza dei canoni di legalità e irretroattività, debbono considerarsi soggette alla disciplina previgente solo le condotte cessate prima dell'entrata in vigore della nuova *black list*, mentre le condotte illecite che, pur iniziate prima di tale data, sono ancora in corso successivamente, debbono considerarsi soggette alle nuove norme (e quindi anche al nuovo regime sanzionatorio), e quindi da considerare in ogni caso scorrette in quanto assimilabili a ipotesi di illeciti permanenti o continuati²⁹¹.

Ma un'altra considerazione si impone.

Lo sforzo del legislatore volto a cercare il più possibile di dominare la realtà digitale è notevole ed apprezzabile, ma la maggior parte delle fattispecie in questione, pur non trovando nella previgente disciplina una specifica previsione, costituivano comunque ipotesi di illecito già perseguibili, ai sensi della clausola generale di cui all'articolo 20 del Codice del consumo. Soprattutto se considerato che, generalmente, l'AGCM ha ritenuto non operante rispetto all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette il regime di irresponsabilità delle piattaforme digitali (tra l'altro, oggi, non più così radicato a seguito delle abrogazioni normative operate dal legislatore nazionale).

Pertanto, anche rispetto alle richiamate nuove ipotesi di pratiche sleali deve ritenersi che l'inserimento di una condotta nella c.d. *black-list* delle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli, contenuta nell'articolo 23 del Codice del consumo, non vale infatti a costituire una nuova fattispecie di illecito, quanto piuttosto a tipizzare specifiche

²⁹¹ Cassazione, VI, ord. 28 luglio 2020, n. 16001 secondo cui si configura un illecito permanente in tutti i casi in cui la durata dell'offesa è correlata – sul piano eziologico – al contestuale permanere della condotta colpevole dell'agente.

ipotesi per le quali il legislatore ha compiuto, al pari delle altre ipotesi ricomprese nella *black list*, «una valutazione preventiva di pericolosità ed in presenza delle quali il riscontro della scorrettezza prescinde da particolari apprezzamenti degli effetti, al fine di ottenere un innalzamento del livello di tutela»²⁹².

Ad ogni modo, il panorama delle nuove pratiche commerciali scorrette risulta assai variegato, e ne costituisce riprova la nuova lista nera di pratiche in ogni caso vietate. Tuttavia, nuove ipotesi di pratiche sleali si sono sviluppate grazie al mercato digitale. Senza alcuna pretesa di esaustività, si tenterà di offrirne una panoramica nelle pagine che seguono.

6. Il *Green washing* quale pratica commerciale scorretta perpetrata a mezzo dei *green claims*

Il legislatore europeo ascrive il fenomeno del c.d. *green washing* all'interno del *genus* delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

Ed infatti, la definizione di tale fenomeno si rinviene al Capitolo 5 degli Orientamenti della Commissione Europea del 25 maggio 2016 per l'attuazione della Dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali, denominato «Applicazione della direttiva in settori specifici».

Il *Green washing* si concretizza, per espressa definizione, in caso di «appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di un'immagine verde quando (le) asserzioni non sono veritiere o non possono essere verificate».

Si tratta, quindi, di una forma di “comunicazione ambientale di impresa”²⁹³, conosciuta anche come “ambientalismo di facciata”, a cui le imprese fanno ricorso mediante affermazioni solo apparentemente ecologiche, al fine di evidenziare l'impatto ambientale positivo della propria attività, ovvero al fine di nascondere l'impatto negativo dei propri servizi o prodotti, con il precipuo scopo di attirare l'attenzione dei

²⁹² TAR Lazio, 28 luglio 2016, n. 8744, PS9489 – Potronesofà – Caratteristiche dell'offerta.

²⁹³ A. PISTILLI, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in *Il Diritto Industriale*, n. 4, 1 luglio 2022, p. 381 e ss.

consumatori vicini alle tematiche dell'ecologia, per indurre maggiore clientela a comprare beni o usufruire dei servizi offerti, e così aumentare i profitti.

Nonostante la Dir. 2005/29/CE non stabilisca norme specifiche in relazione al *marketing* e alla pubblicità “verde” o “ambientale”, le disposizioni in essa contenute debbono ritenersi applicabili a tutte le dichiarazioni rilasciate nel contesto di pratiche commerciali tra imprese e consumatori, incluse quelle relative all'ambiente²⁹⁴, e ciò anche in coerenza con la *ratio* della disciplina, espressa nel Considerando 10, laddove essa deve essere improntata ad offrire «una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore» al fine di vietare ai professionisti di «creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti».

La disciplina comunitaria non vieta né scoraggia l'uso di “dichiarazioni verdi”, ma richiede che siano rispettati due principi fondamentali, esplicitati come segue nei sopra citati Orientamenti: «i professionisti devono presentare le loro dichiarazioni ecologiche in modo chiaro, specifico, accurato e inequivocabile, al fine di assicurare che i consumatori non siano indotti in errore; (...) devono disporre di prove a sostegno delle loro dichiarazioni ed essere pronti a fornirle alle autorità di vigilanza competenti in modo comprensibile qualora la dichiarazione sia contestata».

Tanto premesso, occorre preliminarmente dare conto di come le “dichiarazioni verdi” possano impattare sul mercato, e conseguentemente rilevare nei rapporti di consumo. Anzitutto, le imprese che non si avvalgono di politiche incentrate sulla ecosostenibilità potrebbero essere danneggiate indirettamente dal vantaggio competitivo ottenuto dall'azienda che si professa socialmente responsabile, e che così facendo attira a sé i consumatori più attenti alle tematiche dell'ecologia; per altro verso, le stesse imprese, temendo di subire conseguenze reputazionali dannose, a fronte delle imprese concorrenti che si dichiarano socialmente responsabili, potrebbero essere indotte a sopportare i costi necessari per uniformarsi alle politiche *green* che risultino dichiarate dalle imprese concorrenti a mero scopo reclamistico²⁹⁵.

²⁹⁴ A. LEONE, *Advertising e tutela del consumatore verde*, in *Il Diritto Industriale*, 1, 2021, p.73 e ss.

²⁹⁵ F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 1, 2021, pag. 286.

Ed ecco come, di fatto, il *green washing* può rivelarsi fenomeno distorsivo del corretto funzionamento del mercato, e fonte di responsabilità per il soggetto autore delle dichiarazioni ambientali, che si risolvano in una mera situazione di apparenza: l'illusione del rispetto di determinati requisiti *green*, infatti, induce, nei destinatari della comunicazione ambientale, una ragionevole aspettativa circa il fatto che l'impresa abbia effettivamente adottato politiche imprenditoriali compatibili con i *claims* divulgati.

In altri termini, il professionista assume su di sé il rischio dell'affidamento ingenerato dalle proprie dichiarazioni, le quali, se non rispondenti al vero perchè apparenti, ovvero incoerenti, sono produttive di pregiudizio proprio nei confronti di coloro che hanno agito confidando nel loro rispetto, e cioè i consumatori finali, ma anche – come in precedenza sottolineato - le imprese concorrenti²⁹⁶.

Per comprendere l'ampiezza del fenomeno, è sufficiente volgere il pensiero alla recente iniziativa posta in essere dalla Commissione Europea in tema di monitoraggio delle violazioni del diritto dell'Unione Europea in materia di tutela dei consumatori nei mercati *online*, con particolare attenzione all'analisi dei siti web dei professionisti contenenti *green claims*.

Gli esiti dell'indagine²⁹⁷, resi pubblici nel gennaio 2021, hanno evidenziato che la metà delle affermazioni ecologiche oggetto di analisi risultava priva di fondamento. In particolare, su circa 344 affermazioni risultate apparentemente dubbie, è emerso che: (i) in oltre la metà dei casi, il professionista non aveva fornito ai consumatori informazioni sufficienti per valutare la veridicità dell'affermazione; (ii) nel 37% dei casi, l'affermazione conteneva formulazioni vaghe e generiche, come “cosciente”, “rispettoso dell'ambiente”, “sostenibile”, miranti a suscitare nei consumatori l'impressione, priva di fondamento, di un prodotto senza impatto negativo

²⁹⁶ M. LIBERTINI, *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, 3, 2012, pag. 331 e ss.

²⁹⁷ I risultati dell'indagine “*Screening of websites for 'greenwashing': half of green claims lack evidence*” sono disponibili al seguente indirizzo URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_269.

sull'ambiente; (iii) nel 59% dei casi, il professionista non aveva fornito elementi facilmente accessibili a sostegno delle sue affermazioni.

Tanto precisato in via generale, occorre analizzare il fenomeno del *green washing* secondo la lente visuale che qui rileva, e dunque nell'ottica della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Al fine di ritenere sussumibile il fenomeno del *green washing* all'interno della fattispecie delle pratiche commerciali scorrette occorre procedere ad un distinguo.

Più precisamente, si può osservare come tale fenomeno, spesso perpetrato a mezzo dei *green claims*, sia suscettibile di essere qualificato come pratica commerciale scorretta laddove vittima del messaggio *green* ingannevole sia un consumatore (o una microimpresa), dovendosi ritenere diverso l'approccio ermeneutico laddove il soggetto che subisca un danno derivante dalla apparente immagine *green* di un professionista sia un'impresa concorrente.

Ed infatti, il *green washing* può rivelarsi pratica commerciale scorretta nei confronti del consumatore, *sub specie* di pratica commerciale ingannevole ex art. 27 cod. consumo, laddove il professionista faccia uso di messaggi pubblicitari ingannevoli, perché ad esempio connotati da espressioni molto generiche finalizzate a ingenerare nel consumatore un'immagine *green* dell'azienda, in assenza di informazioni relative alle politiche aziendali effettivamente perseguite al fine di assicurare il minor impatto ambientale dei prodotti o dei servizi offerti sul mercato.

E ciò in quanto tali messaggi ingannevoli sono idonei ad indurre il consumatore in errore, e dunque a fargli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, perché destinatario di informazioni non veritiere e ingannevoli, anche nella misura in cui esse risultino estremamente generiche ed incomplete.

Il fenomeno del *green washing*, inoltre, può provocare un danno in capo alle imprese concorrenti, e in tale ipotesi integrare un atto di concorrenza sleale²⁹⁸.

²⁹⁸ In generale sulla concorrenza: M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, 2021; in particolare sulla concorrenza sleale G.M. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Giuffrè Editore, 2002.

Appare utile ricordare che, ai sensi dell'art. 2598 c.c., gli atti di concorrenza sleale si distinguono in tre categorie: le prime due comprendono gli atti tipici di concorrenza sleale, per i quali è presunta l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda; la terza fattispecie comprende gli atti "atipici", che devono essere provati sia nella loro contrarietà alle regole di correttezza professionale, sia nella loro idoneità a danneggiare l'altrui azienda.

Pertanto, la disciplina dell'illecito di concorrenza si differenzia dall'ordinario illecito aquiliano²⁹⁹, in quanto prevede delle ipotesi specifiche di illecito, e non richiede l'effettivo danno, essendo sufficiente che l'atto di concorrenza sia potenzialmente idoneo a danneggiare l'altrui azienda, sicché la condotta viene repressa solo in funzione della sua idoneità a raggiungere determinati effetti, prescindendo dal loro concreto conseguimento, alla stregua di un illecito di pericolo³⁰⁰.

Non solo: l'art. 2598 c.c., nel prescindere dall'elemento soggettivo e dall'effettività del pregiudizio patito, rende evidente la funzione preventiva della disciplina concorrenziale, rispetto a cui «il risarcimento del danno si prospetta solo come sanzione eventuale», posta l'importanza dell'azione inibitoria³⁰¹, di cui si avvale generalmente il soggetto danneggiato al fine di ottenere la cessazione degli atti sleali da parte del concorrente³⁰².

²⁹⁹ G. FLORIDIA, *Correttezza e responsabilità di impresa*, Milano, 1982, il quale esclude ogni rapporto di sussidiarietà fra le due tipologie di illecito, nonché a L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità di impresa*, in G. ALPA - G. CONTE (a cura di), *La responsabilità di impresa*, Milano, 2015, 191 ss., mentre, in giurisprudenza, v. Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 386, («mentre con le norme repressive dell'illecito concorrenziale il legislatore protegge il diritto a determinati comportamenti negativi da parte di altri soggetti qualificati (precisamente il diritto di ottenere che ciascun imprenditore non si avvalga verso gli altri di mezzi scorretti nell'esercizio dell'attività economica), la norma generale sull'esercizio dell'illecito aquiliano tutela il diritto assoluto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale, che viene lesa dallo stesso comportamento legittimo»).

³⁰⁰ In giurisprudenza, Trib. Piacenza, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 390, in *DeJure*, 2021.

³⁰¹ Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.

³⁰² L. NIVARRA, *op. cit.* In proposito, l'A. sostiene che, laddove si aderisse alla tesi dell'art. 2598 c.c. quale *lex specialis*, applicando in via sussidiaria l'art. 2043 c.c., sarebbe possibile considerare illecito anche un comportamento oggettivamente riconducibile alle tipologie elencate nella norma *de qua* ma posto in essere da un soggetto estraneo al rapporto di concorrenza, purché ricorrano tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano.

Ricondurre il fenomeno del *green washing* agli atti di concorrenza sleale atipici, con tutti i vantaggi probatori connessi, può rivelarsi strumento di tutela più efficace per i concorrenti, che sono probabilmente i soggetti che maggiormente risentono della scorrettezza di tale condotta.

In definitiva, il fenomeno del *green washing* è sicuramente connotato da caratteristiche tali da poter integrare sia la fattispecie degli atti di concorrenza sleale, sia quella delle pratiche commerciali scorrette, atteso che la comunicazione commerciale è rivolta alla generalità dei soggetti potenzialmente destinatari del *claims*, a prescindere dalla loro qualificazione quali consumatori o concorrenti.

7. La fornitura non richiesta di beni o servizi

Giova sin da subito sottolineare che sussiste uno strettissimo legame tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ed il regime privatistico dettato per le “forniture non richieste”, che altro non è se non un insieme di regole privatistiche speciali, derogatorie rispetto ai principi generali, dettate allo specifico scopo di prevenire e reprimere il ricorso alla pratica commerciale aggressiva di cui all’art. 26, lett. f), cod. consumo³⁰³, e integranti pertanto una vera e propria sanzione di natura privatistica comminata al professionista che esegua “forniture non richieste”³⁰⁴.

La necessità di proteggere i destinatari delle forniture non richieste dai pregiudizi che tale tecnica di commercializzazione di prodotti o servizi comporta ha spinto il legislatore europeo ad inserire, nella direttiva 1997/7/CE concernente i contratti per l’acquisto di beni mobili o servizi non finanziari stipulati da consumatori mediante tecniche di comunicazione a distanza, una disposizione, e precisamente l’art. 9³⁰⁵,

³⁰³ L’art. 26, lett. f), cod. consumo prevede espressamente che è considerata in ogni caso ingannevole la pratica commerciale che consiste 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, salvo quanto previsto dall’articolo 66-sexies, comma 2».

³⁰⁴ Sul tema, *funditus*, F. PIRAINO, *Le prassi contra legem e la conclusione del contratto: le “prestazioni non richieste”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 83; F. LONGOBUCCO, in AA.VV. *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Giuffrè, 2019, *sub art. 66-quinquies cod. consumo*, 591.

³⁰⁵ Trasposta nell’art. 67-*quinquiesdecies* del codice del consumo.

dedicata a tale fattispecie, disposizione alla quale si è successivamente aggiunto l'art. 9 della direttiva 2002/65/CE, concernente i contratti per la prestazione di "servizi finanziari" stipulati dai consumatori mediante tecniche di comunicazione a distanza. Da ultimo, il contenuto precettivo dell'art. 9 della dir. 97/7/CE è stato trasfuso nell'art. 27 della dir. 2011/83/UE (la quale ha abrogato e sostituito la direttiva 97/7/CE), che così recita: «Il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi, vietate dall'articolo 5, paragrafo 5, e al punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE. In tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso».

In questa nuova disposizione il regime privatistico dei "rimedi" – sul quale si tornerà a breve – è stato espressamente esteso alle forniture non richieste di acqua, gas, energia elettrica, teleriscaldamento e, per quanto qui maggiormente rileva, di contenuti digitali.

La nuova disposizione, inoltre, rafforza maggiormente il legame con la disciplina delle pratiche commerciali sleali, posto che l'operatività dei due precetti privatistici viene chiaramente subordinata alla circostanza che la condotta tenuta dal professionista integri gli estremi della pratica commerciale scorretta contemplata nel punto 29 della *black list* inserita nell'Allegato I alla direttiva 2005/29/CE³⁰⁶.

Lo conferma il considerando n. 60 della direttiva 2011/83/UE, laddove afferma che «poiché [...] la fornitura al consumatore di beni o servizi non richiesti è vietata dalla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ma non è previsto alcun rimedio contrattuale, è necessario introdurre nella presente direttiva il rimedio contrattuale che esonera il consumatore dall'obbligazione di pagare per una tale fornitura non richiesta».

Preliminarmente occorre chiarire che cosa si intenda per fornitura non richiesta.

³⁰⁶ Sul tema, nella letteratura straniera, J. SCHMIDT, "*Inertia selling*" *de lege lata und de lege ferenda – die Reform in europäischen und deutschen Recht*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, 2014, 78.

La direttiva 2011/83/UE non contiene una definizione *ad hoc* della nozione di «fornitura non richiesta»: il significato di questa espressione, che compare nella rubrica e nel testo del suo art. 27, si presta tuttavia ad essere ricavato dalla previsione contenuta nel n. 29 dell'Allegato I alla dir. 2005/29/CE (da essa esplicitamente richiamato), che annovera fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali, perché aggressive, le condotte consistenti 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, salvo nel caso dei beni di sostituzione di cui all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 97/7/CE (fornitura non richiesta)». L'inserimento fra parentesi della locuzione «fornitura non richiesta», in chiusura di quest'ultima disposizione, induce a ritenere che la locuzione si riferisca ai soli casi cui il disposto del n. 29 fa riferimento: e cioè i casi in cui cose mobili materiali, servizi (non finanziari), contenuti digitali ovvero acqua, gas, energia elettrica o teleriscaldamento vengano forniti dal professionista al consumatore senza che quest'ultimo ne abbia avanzato richiesta³⁰⁷.

Quella di “richiesta” è una nozione ampia e atecnica, nella quale si prestano ad essere ricomprese, accanto alle vere e proprie dichiarazioni contrattuali (di proposta o accettazione), anche condotte prive di natura negoziale, attraverso le quali il consumatore abbia palesato – anche mediante comportamenti concludenti o comunque inequivoci - di essere interessato a ricevere una proposta contrattuale accompagnata da un bene o da un servizio offerto sul mercato dal professionista, in modo tale per cui la ricezione della fornitura difficilmente potrà considerarsi imposta unilateralmente, quanto piuttosto provocata e legittimata da una condotta previamente tenuta dallo stesso consumatore, al quale – a rigore – non dovrebbe essere accordata la protezione «speciale» derivante dall'applicazione dell'articolo in commento.

³⁰⁷ Per un approfondimento sulla nozione di fornitura non richiesta, sia consentito rinviare a A. PISTILLI, *Pratiche commerciali aggressive e servizi di telecomunicazione*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3, 1 maggio 2019, p. 229, ove viene sottolineato che, in definitiva: «è rimesso in ogni caso al giudice nazionale lo scrutinio in merito all'effettiva sussumibilità del caso concreto nella fattispecie della fornitura non richiesta, valutando in primo luogo la reazione tipica del consumatore medio (v. infra) in circostanze come quelle sottoposte alla sua attenzione».

Assai dubbio è invece se la sussistenza di una “fornitura non richiesta” (e conseguentemente l’applicabilità dell’art. 66-*quinqüies* cod. consumo) debba escludersi altresì nelle ipotesi in cui il professionista consegni un bene (o presti un servizio) diverso da quello «richiesto» (o da quello «dovuto») senza rivolgere al consumatore, in occasione dell’effettuazione di tale fornitura, una corrispondente proposta contrattuale.

A prima vista, parrebbe doversi escludere che queste ipotesi rientrino nell’ambito di applicazione del comma 1 dell’art. 66-*quinqüies* cod. consumo, proprio in ragione della circostanza che la fornitura non è (accompagnata da una dichiarazione) finalizzata a dar luogo alla stipulazione di un contratto: sennonché, tale conclusione potrebbe essere inficiata dalla discutibile scelta di collocare proprio nel comma 2 dell’art. 66-*quinqüies* cod. consumo il precetto in forza del quale il professionista non può, in assenza di previo consenso espresso del consumatore, adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita.

7.1. (Segue) Il regime dei rimedi in caso di fornitura non richiesta

La portata ed il significato del precetto in forza del quale il consumatore destinatario di una fornitura non richiesta è esonerato dall’obbligo di fornire “qualsiasi prestazione corrispettiva” – contenuto nell’art. 27, par. 1, dir. 2011/83/UE – necessitano di essere chiariti, anche alla luce dell’applicazione giurisprudenziale della norma³⁰⁸.

La disposizione richiamata è stata trasfusa nell’art. 66- *quinqüies* cod. consumo, che ne riproduce testualmente e pedissequamente la formulazione.

Interpretata in senso conforme all’art. 27, dir. 2011/83/UE, la disposizione intende in primo luogo precisare che il consumatore, per il solo fatto di aver materialmente preso la cosa in consegna o ricevuto il servizio prestato, senza averne fatto richiesta, non

³⁰⁸ Cfr. Cass. Civ., III sez., ord. 12.1.2021, n. 261, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1 maggio 2021, p. 575.

venga ad essere gravato, nei confronti del professionista, né dall'obbligazione avente ad oggetto la prestazione (di norma, pecuniaria) da quest'ultimo indicata (e pretesa) come corrispettivo del bene o del servizio, né da qualsivoglia altra obbligazione (diversa da quella avente ad oggetto la restituzione della cosa consegnata o del servizio prestato) in astratto suscettibile di sorgere a suo carico direttamente ed immediatamente per effetto della ricezione della fornitura (ad esempio l'obbligo di custodia, di comunicare al professionista la volontà di non accettare l'offerta, l'obbligo di riconsegnare le cose ricevute, e così via).

Oltre che dalle obbligazioni sopra citate, la disposizione esonera il consumatore anche dall'obbligazione di restituire al professionista (nel luogo in cui gli è stato consegnato) il bene ricevuto, nel luogo in cui gli è stato consegnato il bene stesso – obbligazione che a rigore sorge *ex lege* alla luce del carattere indebito della prestazione ricevuta – nonché da tutte le altre obbligazioni e, segnatamente, le eventuali obbligazioni risarcitorie e/o restitutorie e/o indennitarie che per legge dovrebbero scaturire da condotte tenute dal consumatore nei confronti della cosa o del servizio posteriormente alla ricezione della fornitura³⁰⁹.

L'esonero da questo insieme di obbligazioni che normalmente scaturiscono *ex lege*, certamente di per sé incompatibile con i principi generali del nostro sistema civilistico, si giustifica non tanto in ragione della protezione del consumatore - il quale sarebbe tutelato a sufficienza dall'esonero dall'obbligo di versare il corrispettivo contrattuale e dalle ulteriori obbligazioni *ex lege* scaturenti dalla pura e semplice effettuazione della fornitura non richiesta (custodia, rispeditura, etc.) - bensì in funzione preventivo-sanzionatoria del ricorso, da parte dei professionisti, alla pratica commerciale

³⁰⁹ Così già G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., 503 s. (con riferimento all'art. 57 cod. consumo, nel testo antecedente alla riforma del 2014) e ID., in AA.VV., *La riforma del codice del consumo. Commentario al d. legisl. n. 2172014*, a cura di G. D'AMICO, Cedam, 2015, 432 (con riferimento all'art. 66- *quinquies* cod. consumo. Nei medesimi termini, con riguardo all'art. 57 cod. consumo nel testo antecedente alla riforma del 2014, v. anche C. PILIA, in AA.VV., *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. VETTORI, Cedam, 2013, 755; con riguardo all'art. 66- *quinquies* cod. consumo, cfr. F. PIRAINO, op. cit., 90 s. e M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016, 250 s., F.AZZARRI, *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, I, 903.

annoverata dall'art. 26, lett. f), cod. consumo quale pratica "in ogni caso aggressiva", e quindi sempre e necessariamente scorretta³¹⁰.

In questo caso, dunque, il legislatore si è mostrato attento ad improntare un sistema rimediale a favore del consumatore, ma in definitiva a vantaggio del mercato, in grado cioè di scoraggiare i professionisti dal porre in essere tali pratiche commerciali scorrette.

Residua, tuttavia, un interrogativo di non poco conto.

Quid iuris per le prestazioni fornite in esecuzione di un contratto invalido?

La giurisprudenza di legittimità³¹¹ ha ritenuto che tali prestazioni debbano considerarsi "non richieste" (con conseguente operatività dell'art. 66-*quinquies* cod. consumo) quando la nullità ovvero l'inesistenza del contratto derivi dalla circostanza che l'accordo non possa considerarsi formato perché il consumatore non ha mai manifestato alcuna volontà in tal senso (ad es. perché la sua sottoscrizione è stata abusivamente falsificata).

Potrebbe dirsi altrettanto con riguardo alle prestazioni eseguite in attuazione di contratti nulli (*ex art.* 1418 cod. civ.) per cause diverse dalla mancata formazione dell'accordo? Ovvero per i contratti "non vincolanti" per il consumatore ai sensi dell'art. 51, commi 2 e 6, cod. consumo³¹²? O ancora per i contratti annullabili che vengano annullati su istanza del consumatore dopo che quest'ultimo abbia ricevuto, in tutto o in parte, le prestazioni contemplate dal contratto? In tali ipotesi il problema si

³¹⁰ In tal senso anche M.P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 252.

³¹¹ Cfr. Cass. Civ., III sez., ord. 12.1.2021, n. 261, con nota di G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*

³¹² Ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. consumo il professionista ha l'obbligo, se in procinto di concludere un contratto a distanza con mezzi elettronici che impone al consumatore l'obbligo di pagare, di comunicargli in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r), direttamente e prima che il consumatore inoltri l'ordine, e deve specificare che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se il professionista si rende inadempiente agli obblighi sanciti dall'art. 51, comma 2, cod. consumo, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine.

L'art. 51, comma 6, cod. consumo, inoltre, prevede espressamente che «Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole. In ogni caso il consenso non è valido se il consumatore non ha preliminarmente confermato la ricezione del documento contenente tutte le condizioni contrattuali, trasmesse su supporto cartaceo o altro supporto durevole disponibile e accessibile».

pone invero in termini diversi, poiché il consumatore ha pur sempre manifestato la volontà di instaurare il rapporto contrattuale prima di ricevere il bene o il servizio (anche se tale manifestazione di volontà non si è rivelata idonea a dar luogo ad un contratto perfettamente valido), sicché la fornitura non parrebbe a rigore suscettibile di essere qualificata come “non richiesta”.

8. Il fenomeno dell’obsolescenza tecnologica programmata

Tra i nuovi problemi connessi allo sviluppo tecnologico senz’altro spicca quello dell’obsolescenza programmata, che potrebbe definirsi quale vera e propria tecnica di produzione dei beni che implica una pianificata riduzione della funzionalità dei medesimi in seguito a un periodo di utilizzo più breve rispetto alla normale durata di prodotti dello stesso genere³¹³.

Il fine ultimo dell’adozione di tale tecnica produttiva da parte delle imprese è chiaro: stimolare, in tempi brevi, l’acquisto di nuovi prodotti dello stesso tipo da parte dei consumatori, e così aumentare i profitti.

Tale fine, per solito, è perseguito mediante l’adozione di materiali del prodotto in sé usurabili dopo un periodo di tempo breve (ad esempio, batterie) ovvero attraverso l’inserimento, nei medesimi beni, di componenti (ad esempio, *chip*) o tecnologie (ad

³¹³ Nella letteratura nazionale in materia di contrasto all’obsolescenza tecnologica programmata si vedano, *ex multis*, A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali*, in *Oss. Fonti*, 2019, p. 1 ss.; S.ZOLEA, *Obsolescenza programmata e diritto: note comparative*, in *giustiziacivile.com*, 28 maggio 2019; ID., *Verso un diritto dell’obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *giustiziacivile.com*, 12 gennaio 2021.

Nella letteratura europea, cfr. A. DE FRANCESCHI, *Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy*, in *EuCML*, 2018, p. 217 ss. Con particolare riguardo ai beni con elementi digitali, P.T. SCHRADER, *Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie: Auswirkungen auf die Haltbarkeit von Fahrzeugen mit digitalen Elementen*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2021, p. 67 ss.

Con riferimento al dibattito al di fuori dell’Unione Europea, si veda S. WRBKA e L. A. DiMATTEO, *Comparative warranty law: case of planned obsolescence*, in *University Of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2019, p. 907 ss.

esempio, aggiornamenti *software*) idonee ad inibirne o limitarne l'uso dopo un lasso di tempo breve.

L'obsolescenza ha tradizionalmente avuto rilevanza giuridica con riguardo ai beni strumentali alla produzione afferenti ad un'azienda. Essa, infatti, è rilevante nella razionalità del bilancio nella prospettiva degli ammortamenti disciplinati dagli artt. 2425 e 2426 c.c.

In questo caso, tuttavia, l'obsolescenza tecnologica dei beni strumentali deriva da una sopravvenuta inefficienza in favore di altri beni più competitivi sul mercato, e ciò accade quando il bene obsoleto si riveli ancora idoneo alla funzione produttiva, ma ormai tecnicamente superato in favore di un altro bene più performante ovvero più avanzato da un punto di vista tecnologico.

Invece, il concetto di obsolescenza programmata riguarda il deperimento funzionale in assoluto del bene, che dovrà essere sostituito con un altro dello stesso tipo, non necessariamente più funzionale o tecnologicamente avanzato.

Il tema dell'obsolescenza programmata si colloca al centro del dibattito anche a causa dei risvolti che lo stesso genera sotto il profilo della sostenibilità ambientale, poiché naturalmente la rapida obsolescenza dei prodotti determina un aumento della quantità di dispositivi che vengono scartati e che, dunque, si tramutano in rifiuti da smaltire. È proprio per questo motivo che il problema ha suscitato l'intervento del Parlamento Europeo, il quale negli ultimi anni ha adottato una serie di risoluzioni con cui si esorta l'introduzione di misure legislative volte a porre un freno all'utilizzo di strategie che comportino l'obsolescenza programmata dei beni³¹⁴.

L'obsolescenza programmata, pertanto, è un fenomeno tipico della società dei consumi, ove i produttori immettono sul mercato beni volutamente destinati ad una durata limitata nel tempo, al fine di provocare l'acquisto di nuovi beni dello stesso tipo da parte dei consumatori. Come tale, l'obsolescenza programmata ha acquisito

³¹⁴ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare, al nr. 34, reperibile al link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0040_IT.pdf; preceduta dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema '*Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*', in particolare lett. I, raggiungibile all'URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_IT.pdf.

giuridica rilevanza, e così, ad esempio, nell'ordinamento francese l'art. L. 441-2 del *Code de la consommation* la configura come illecito penale.

Per quanto concerne le forme di manifestazione, l'obsolescenza programmata può assumere le sembianze di una obsolescenza fisica oppure di inutilizzabilità funzionale a seguito di un difetto strutturale, per l'appunto programmato, e dunque previsto, voluto e organizzato dal produttore del bene, e non meramente previsto o prevedibile nella sua sopravvenienza dai consumatori. Dunque, l'obsolescenza programmata dev'essere distinta dalla normale obsolescenza sia fisica sia tecnologica dei beni strumentali afferenti ad un'azienda e giuridicamente rilevante nella razionalità del bilancio, in prospettiva degli ammortamenti disciplinati dagli artt. 2425 e 2426 c.c.

L'obsolescenza programmata, inoltre, deve distinguersi dalla obsolescenza tecnologica pura e semplice, laddove l'obsolescenza tecnologica è un fenomeno fisiologico, dinamico e oggettivo, che può creare disagi (es.: obsolescenza digitale per cui viene a mancare il computer per la lettura di *floppy disk*) ma che è comunque determinato dall'innovazione tecnologica e quindi sorretto dal principio di utilità sociale (art. 41 Cost.), laddove l'obsolescenza programmata del bene prodotto è un fenomeno socio-economico soggettivamente distorsivo della parità contrattuale e del corretto funzionamento del mercato, tra chi pone sul mercato i beni prodotti e chi li acquista, posto nella condizione di reiterare l'acquisto di un bene dello stesso tipo in un periodo tendenzialmente appena successivo al periodo di garanzia convenzionale rilasciata dal produttore³¹⁵.

³¹⁵ Il riferimento è all'art.1512 c.c. Sul tema, in generale, S. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Cedam, Padova, 2004; e anche G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ.*, C.N.N., ESI, Napoli, 2013, 461.

8.1. Obsolescenza tecnologica programmata e pratiche commerciali scorrette: il caso *Apple*

L'obsolescenza tecnologica programmata può assumere la forma di pratica commerciale scorretta, e dunque rilevare sotto il profilo della relativa disciplina, proprio come accaduto nella fattispecie oggetto del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM nei confronti di *Apple*³¹⁶.

Il procedimento istruttorio aperto dall'Autorità ha riguardato alcuni comportamenti posti in essere dai professionisti appartenenti al gruppo multinazionale *Apple* relativamente alle informazioni fornite ed alle condotte tenute in occasione del rilascio di aggiornamenti del sistema operativo *iOS* per alcuni modelli di *iPhone* ed alle informazioni fornite sulle caratteristiche della batteria degli stessi apparecchi.

Le pratiche commerciali prese in esame nel corso del procedimento hanno riguardato la proposta insistente, ai consumatori in possesso di alcuni modelli di *iPhone*, di procedere ad installare il sistema operativo *iOS* 10 e i successivi aggiornamenti (tra cui *iOS* 10.2.1) le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni degli *smartphone* stessi erano state descritte in maniera omissiva ed ingannevole, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità degli apparecchi in caso di oggettiva diminuzione delle prestazioni a seguito dell'aggiornamento.

In particolare, dalle emergenze acquisite dall'Autorità, *Apple*, in occasione della *release* del sistema *iOS* 10.1, non ha informato i clienti dei possibili inconvenienti di funzionamento che il nuovo sistema operativo avrebbe potuto provocare attesa la configurazione *hardware* degli *smartphone* in cui sarebbe stato installato (ed in particolare del grado di usura della batteria) in determinate condizioni d'uso comune. Inoltre, in occasione della *release* del sistema *iOS* 10.2.1, *Apple* ha omesso di informare preliminarmente i consumatori, in maniera chiara e puntuale, che per evitare

³¹⁶ Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato adottato nell'Adunanza del 25 settembre 2018 nei confronti di *Apple Inc.*, *Apple Distribution International*, *Apple Italia S.r.l.* e *Apple Retail Italia S.r.l.*, disponibile sul sito www.agcm.it.

alcuni rilevanti inconvenienti, quali l'improvviso spegnimento o riaccensione del proprio *iPhone*, tale *release* includeva un sistema di gestione delle prestazioni dello smartphone che avrebbe opportunamente rallentato tali prestazioni, per evitare lo spegnimento inatteso.

L'ulteriore pratica commerciale scorretta contestata attiene alla mancata informazione sulle caratteristiche della batteria e specificamente in merito alle condizioni per mantenere un adeguato livello di prestazione degli *iPhone*, alla sua durata e alle modalità per la sua corretta gestione al fine di rallentarne la naturale usura e, quindi, in merito alla sostituzione della medesima batteria.

Le richiamate pratiche commerciali poste in essere da *Apple* sono state considerate scorrette dall'Autorità, ingannevoli e aggressive ex artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del consumo, in quanto sorrette dall'asimmetria informativa e, di fatto, imposte agli utenti, con conseguente irreversibilità del processo di obsolescenza³¹⁷.

La richiamata vicenda integra in pieno un'ipotesi di obsolescenza tecnologica programmata che, nel caso di specie, non si esaurisce nella precostituzione di un sistema di alterazione destinato ad esplicarsi in un tempo prefissato successivo all'acquisto del bene, ma che si sostanzia in una serie di condotte attive – ad esempio la richiesta reiterata di aggiornarmento del sistema operativo – e omissive – quali la mancata informazione circa l'irreversibilità dell'aggiornamento e circa l'impatto negativo dello stesso sulle funzionalità dello smartphone – che si innestano nell'intero rapporto post-vendita.

Sul tema si impone una riflessione ulteriore.

La peculiarità del caso in esame – riconducibile, in genere, all'acquisto degli *smartphone* e di simili dispositivi tecnologici – consiste nell'assenza di pienezza di godimento della cosa da parte del suo titolare, atteso che il *software* dello stesso rimane sempre sotto il dominio del produttore del bene.

³¹⁷ Per un approfondimento sui casi *Apple* e *Samsung* si vedano A. DE FRANCESCHI, *Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy*, in *EuCML*, 2018, p. 217 ss.; G. D'IPPOLITO e A. RE, *Obsolescenza programmata. L'AGCM sanziona Apple e Samsung*, in *Riv. dir. media*, 2019, p. 325 ss.; A. GIANNACCARI, *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 149 ss.

In altri termini, il titolare dello *smartphone* o di un bene simile, rimane soggetto, anche dopo l'acquisto del bene stesso, alle determinazioni tecnologiche imposte dal produttore e tale circostanza, di fatto, limita la signoria sulla cosa.

La conseguenza è che, per le ipotesi in esame, l'obsolescenza tecnologica programmata, o meglio programmabile, può considerarsi *in re ipsa*³¹⁸.

Tale considerazione rileva soprattutto sotto il profilo dell'onere probatorio che incombe sul consumatore che intenda far valere le proprie pretese nei confronti del professionista. Di questo nel paragrafo successivo.

8.2. I rimedi all'obsolescenza programmata

Il complessivo sistema dei rimedi offerti al consumatore leso da una pratica sleale sarà oggetto di specifica trattazione nei capitoli che seguono. Tuttavia, le peculiarità e le novità del tema in esame impongono una riflessione mirata. Per ragioni sistematiche, quindi, la relativa trattazione è affidata alle pagine che immediatamente seguono l'inquadramento della fattispecie dell'obsolescenza tecnologica.

Appurato che l'obsolescenza tecnologica programmata può assurgere a pratica commerciale scorretta, occorre individuare i rimedi esperibili dal singolo consumatore, acquirente di beni soggetti a obsolescenza.

A tali fini, si rivela utile preliminarmente inquadrare il fenomeno della obsolescenza programmata all'interno delle categorie civilistiche esistenti.

Si possono, quindi, prendere in considerazione sia l'originario concetto codicistico di vizio della cosa venduta (artt. 1490 e seguenti del c.c.), sia quello, di origine europea, di difetto di conformità al contratto, nella vendita dei beni di consumo (artt. 128 e seguenti cod. consumo)³¹⁹.

³¹⁸ Cfr. A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali*, op. cit., p. 13-15.

³¹⁹ Per un approfondimento sul tema, E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010; S. MAZZAMUTO, *La vendita di beni di consumo*, in V. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

È infatti possibile ragionare della obsolescenza tecnologica programmata in termini di vizio redibitorio, rilevante ai sensi dell'art. 1490 c.c.³²⁰, con conseguente applicazione del regime della garanzia per vizi previsto dal codice civile.

Tuttavia, questa ricostruzione si espone a dei rilievi critici che, di fatto, escludono o comunque limitano grandemente la tutela accordata al consumatore.

Anzitutto, il primo grande limite di questa ricostruzione consiste nel sottoporre al breve termine di prescrizione, e al breve termine di decadenza, di cui all'art. 1495 c.c. il diritto alla garanzia per vizi del consumatore leso nella sua scelta di consumo.

Ed inoltre, presenta l'ulteriore limite – per vero marginale rispetto al primo – di non essere un apparato rimediabile di carattere generale, cioè esperibile ed efficace per tutte le ipotesi di obsolescenza programmata.

E ciò in quanto non tutte le ipotesi di obsolescenza programmata si prestano a rientrare nella categoria dei vizi redibitori: non foss'altro perchè, in taluni casi, l'obsolescenza programmata non inerisce la fase di formazione, fabbricazione o produzione del bene, ma viene perpetrata dal professionista in una fase successiva, ad esempio mediante aggiornamenti *software* in grado di depotenziare il bene (come nel caso *Apple*, prima esaminato).

E, in questi ultimi casi, l'obsolescenza esula dalla categoria dei vizi redibitori, anche perchè la più recente giurisprudenza di legittimità³²¹ ha chiarito che si verte in ipotesi di vizi redibitori solo quando la cosa consegnata presenti imperfezioni attinenti al processo di formazione, fabbricazione o produzione di essa, ovvero difetti di qualità essenziali per l'uso cui è destinata.

Inoltre, esulano dall'ambito della garanzia per i vizi quei fenomeni che si pongono al di fuori della fase di realizzazione del bene venduto e che su quest'ultimo vengono ad incidere in un momento successivo (come può accadere, appunto, mediante un aggiornamento *software* lanciato a distanza di mesi o anni dalla fabbricazione del

³²⁰ In questi termini, ad esempio, M. D'ONOFORIO, *Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della Direttiva 2019/771/UE e del diritto interno*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2/2022, p. 516 e ss.

³²¹ Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 21/06/2023) 13/09/2023, n. 26402, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

bene), potendo tali profili assumere rilievo, semmai, per l'ipotesi di mancanza di qualità promesse ex art. 1497 c.c.

In tali ultimi casi, il rimedio codicistico della risoluzione del contratto è comunque soggetto alla decadenza e alla prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., e ripropone quindi i medesimi problemi di effettività della tutela dettata dal termine breve di esercizio del diritto, cui si aggiunge l'ulteriore onere della prova sull'eccedenza del difetto di qualità rispetto ai normali limiti di tolleranza.

Tra l'altro, l'obsolescenza programmata indotta dal produttore sembra maggiormente rilevare ai fini dell'annullabilità del contratto per dolo³²².

Invero, il comportamento del venditore o comunque del produttore del bene che, tacendo di aver alterato le caratteristiche di un prodotto in modo da determinarne una più rapida obsolescenza, induca il consumatore a concludere l'acquisto che altrimenti non avrebbe compiuto, ovvero a cui si sarebbe determinato ma solo a condizioni diverse (per esempio, a un minor prezzo), sembra potersi sussumere all'interno della fattispecie delineata dagli artt. 1439 c.c. e seguenti.

In tali casi, per come ovvio, sarebbe comunque necessario, da parte del consumatore, dimostrare gli artifici e i raggiri che lo hanno tratto in inganno³²³. Inoltre, nel caso in cui la controparte non fosse direttamente il produttore-autore delle strategie volte a diminuire il tempo di vita del prodotto, al fine di ottenere l'annullamento del contratto, il *deceptus* dovrebbe altresì dimostrare che il dolo del terzo (produttore) fosse conosciuto dal venditore finale del prodotto e che questi ne abbia tratto vantaggio, per come sancito dall'art. 1439, comma 2, c.c., residuando altrimenti il solo risarcimento del danno extracontrattuale contro il terzo³²⁴.

³²² T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, 2015, p.312 s. In proposito, anche V. TRABUCCHI, voce *Dolo*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, p. 151.

³²³ In termini di applicabilità della disciplina del dolo ai casi di obsolescenza programmata, seppur entro i limiti e in presenza dei presupposti richiesti dal codice: M.BASILE, *Lunga vita ai prodotti industriali!*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di scienze giuridiche, economiche e politiche*, 2018, p. 42 ss.; P. GALLO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, V, Torino, 2017, p. 753, ritiene sufficiente la mera reticenza.

³²⁴ R. CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto. Art. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 467 ss.

Pare pacifico, invece, che l'obsolescenza tecnologica programmata possa essere sussunta all'interno della categoria del difetto di conformità del bene compravenduto, ai sensi della direttiva 2019/771/UE³²⁵.

La direttiva richiamata non si occupa direttamente del fenomeno della obsolescenza tecnologica programmata, ma al *considerando* n. 32 prende in considerazione la durabilità dei beni, ove per durabilità si intende - per espressa definizione legislativa - la «capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste in condizioni di uso normale», che deve essere valutata in relazione alla categoria del bene che viene di volta in volta in rilievo, in relazione al suo ordinario utilizzo, al prezzo e alle altre circostanze rilevanti.

La durabilità del bene, sempre per espressa previsione normativa, è inclusa tra i criteri oggettivi necessari per valutare la conformità del prodotto³²⁶. L'art. 7, comma 1, lett. d) della dir. 2019/771/UE, infatti, annovera tra i requisiti oggettivi di conformità anche «le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore [...]».

Alla luce di tali richiami, pertanto, può ritenersi che l'obsolescenza programmata rilevi quale circostanza che può determinare la difformità del prodotto, e che pertanto sia in

³²⁵ Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

Per un approfondimento sulle novità introdotte dalla direttiva richiamata, si veda: G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari 'B-to-C': l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 205 ss.; G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 825 ss.; S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, p. 217 ss.; F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, p. 5 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sullanuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 806 ss.; S. ROMANÒ, *Profili comuni dei rimedi consumeristici nelle Direttive 2019/771/UE e 2019/770/UE*, in T. DALLA MASSARA (a cura di) *La vendita di beni mobili*, in L. GAROFALO (diretto da) *Il sistema dei rimedi*, Pisa, 2020, p. 241 ss.

³²⁶ Sulla durabilità quale criterio per determinare la conformità di un bene, si vedano G. SIMONINI, *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la 'durabilità' del bene?*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 471 ss.; M. BEGHINI, *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella Direttiva 2019/771/UE*, in *La vendita di beni mobili*, cit., p. 322 ss.

grado di aprire la strada al diritto del compratore di reagire a tale difetto di conformità con i rimedi che la disciplina consumeristica gli offre.

Nello specifico, gli articoli 13 e seguenti della direttiva 2019/771/UE prevedono, a favore del consumatore, al fine di reagire al difetto di conformità, i rimedi della sostituzione e della riparazione, ovvero la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

L'aspetto critico di tale ricostruzione riguarda – ancora una volta – i termini entro cui tali rimedi possono essere efficacemente esperiti dal consumatore³²⁷.

L'art. 10 della richiamata direttiva stabilisce che il venditore «è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento», specificando ulteriormente che tali termini si applicano anche ai beni con elementi digitali³²⁸.

Nulla quaestio, dunque, per il caso in cui i difetti legati all'obsolescenza si presentino nei due anni successivi alla consegna del bene.

Occorre tuttavia chiedersi se i rimedi previsti siano validamente esperibili dal consumatore nel caso di obsolescenza che viene programmata per manifestarsi in epoca successiva ai due anni dalla consegna del bene.

A tal proposito, si potrebbe sostenere che l'art. 133, comma 3, cod. consumo escluda il decorso del termine di prescrizione del diritto di far valere il difetto di conformità qualora quest'ultimo sia stato “dolosamente occultato”, e che la maggior parte delle strategie con cui si realizza l'obsolescenza programmata implicino l'occultamento doloso del difetto da parte del venditore.

Alla luce di tale ricostruzione, appare allora plausibile che il consumatore che acquisti un bene privo della durabilità che ci si dovrebbe ragionevolmente attendere rispetto alla categoria merceologica di appartenenza abbia il diritto di far valere il difetto anche

³²⁷ Sul tema M. FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 2020, p. 250 ss.

³²⁸ In generale, sui rimedi nella vendita di beni di consumo: A. DE FRANCESCHI, *I rimedi del consumatore nelle vendite di beni di consumo*, in *Tratt. Contratti Roppo*, V, Milano, 2014 p. 259 ss.; F. PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1117 ss.

oltre i termini stabiliti dalla normativa di matrice europea, se il venditore ne abbia dolosamente occultato la esistenza, come sovente accade nei casi di obsolescenza tecnologica programmata. Senza considerare, inoltre, che oggi la possibilità per il consumatore di richiedere la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo è un'opzione espressamente riconosciuta dall'art. 27, comma 15-bis, cod. consumo, che prevede i rimedi privatistici avverso le pratiche sleali. Ferma, in ogni caso, la possibilità di richiedere il risarcimento del danno.

9. La manipolazione del mercato e dei consumatori attraverso strumenti digitali: manipolazione da parte degli algoritmi, *neuromarketing* e pratiche commerciali scorrette

Per secoli gli esseri umani si sono dovuti osservare l'un l'altro per valutare il modo in cui i propri interlocutori pensassero o reagissero a determinate situazioni, e per utilizzare strategicamente questa conoscenza in ogni settore della vita umana, compreso il commercio.

L'incessante sviluppo delle tecnologie digitali ha sospinto questo potenziale analitico ad un nuovo livello: la rapida diffusione di tecnologie in grado di carpire le preferenze, le emozioni e gli stati mentali degli interlocutori ha contribuito alla creazione di vere e proprie tecniche di mercato, sempre più diffuse nelle transazioni online, nei negozi fisici e negli spazi pubblicitari, basate sugli stati mentali dei consumatori³²⁹.

Tra tali tecniche di mercato spicca senz'altro il c.d. *neuromarketing*, quale nuovo campo di studi basato sulle neuroscienze e sul *marketing*, che permette di valutare le risposte sensomotorie, cognitive ed emotive dei soggetti agli stimoli delle varie tecniche di mercato³³⁰. Attraverso l'applicazione di tecnologie di analisi celebrale e

³²⁹ Sul tema, *funditus*, P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *European Law Journal*, 2021, p. 1-34.

³³⁰ Per una disamina approfondita sul fenomeno e, soprattutto, per un'analisi dettagliata dell'impatto giuridico che provoca, si veda E. M. LOMBARDI, *Ai confini della realtà: il neuromarketing applicato al metaverso o delle nuove prospettive dello N&M*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2024, p. 111 ss.

sensori biometrici, il *neuromarketing* mira a comprendere le ragioni che spingono determinati soggetti a compiere determinate scelte di consumo.

La rilevanza di tali fenomeni per l'analisi scientifica qui condotta è chiara: gli ambienti virtuali possono essere altamente immersivi e persuasivi, e dunque tali tecniche di mercato possono facilitare la manipolazione o lo sfruttamento degli utenti³³¹.

Accanto a tale tecnica di analisi di mercato, si affianca un ulteriore e preminente strumento che è quello del *machine learning*, che consente, attraverso l'apprendimento automatico, di scandagliare in modo approfondito gli stati mentali degli utenti che si interfacciano a vario modo con internet, o con strumenti tecnologici di vario uso quotidiano³³².

Le aziende sempre più spesso scommettono su tali tecnologie per abbinare i prodotti ai consumatori, intercettarne le preferenze, ottimizzare i messaggi pubblicitari e rendere servizi mirati.

In linea generale, gli studi di settore hanno evidenziato che gli stati mentali dei consumatori e degli utenti possono essere sfruttati in due modi distinti³³³.

In primo luogo, le offerte generali fatte indistintamente al pubblico possono essere progettate per colpire in modo più incisivo i consumatori che manifestano determinati pregiudizi o emozioni.

In questi casi, i consumatori vulnerabili si auto selezionano nel contratto perché sono spinti dalle caratteristiche psicologiche sulle quali il professionista ha fatto leva per presentare le offerte.

Tali offerte costituiscono quindi un dispositivo di selezione psicologicamente informato per un commerciante che non è ancora informato su quali consumatori appartengono a quale gruppo³³⁴.

³³¹ Ad esempio, se un'azienda utilizzasse messaggi subliminali o altre tecniche di marketing nascoste per influenzare i consumatori a loro insaputa o senza il loro consenso si potrebbe concretizzare una violazione della normativa in materie di pratiche commerciali scorrette.

³³² Per una panoramica sul tema cfr. C. BURR - N. CRISTIANINI, *Can Machines Read Our Minds?*, *Minds and Machines*, 2019, p. 461.

³³³ Cfr. J. STIGLITZ, *The theory of "screening, education, and the distribution of income"*, in *American Economic Review*, 65/1975, p. 283

³³⁴ H. SHUI, L. AUSUBEL, *Time Inconsistency in the Credit Card Market (2004) 14th Annual Utah Winter Finance Conference*, in <https://eml.berkeley.edu>.

In secondo luogo, le offerte possono essere mirate, cioè rivolte esclusivamente a specifici sottogruppi di consumatori che il professionista ritiene particolarmente ricettivi perché condividono determinate caratteristiche³³⁵.

In questo modo, i consumatori non si autoselezionano, ma vengono preselezionati dal commerciante³³⁶.

Questa strategia presuppone quindi la conoscenza, da parte del commerciante, dell'appartenenza al sottogruppo.

Tali informazioni sono sempre più spesso fornite dalla raccolta di dati e dalla elaborazione algoritmica, ed è quindi questo tipo di *targeting* che pone i problemi applicativi maggiori.

Ed infatti, l'applicazione dell'apprendimento automatico a contesti di *marketing* e di contrattazione rischia di esacerbare le pratiche di sfruttamento, in quanto i modelli algoritmici possono, in modi voluti o meno dai loro utenti, catturare e ottimizzare le debolezze previste dei consumatori nei propri domini cognitivi o emotivi³³⁷.

L'attuale legislazione europea fatica ad affrontare questi problemi all'interno del quadro normativo esistente, e tuttavia la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sembra un baluardo di tutela per i consumatori in un contesto tecnologico così pervasivo, perchè posta a presidio delle decisioni di mercato libere, informate e razionali.

Giova anzitutto chiarire i termini del discorso.

Le tecnologie basate sugli stati mentali dei consumatori diventano strumenti di distorsione del mercato laddove in grado di manipolare o sfruttare i consumatori e gli utenti.

³³⁵ Tale fenomeno è anche chiamato *targeting* comportamentale e, sul tema, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2015.

³³⁶ R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 2014, p. 1003 e ss.

³³⁷ N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1427; F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family Ties: the Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 11; P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1143; D. CLIFFORD, I. GRAEF, P. VALCKE, *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent—Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, in *German Law Journal*, 2019, p. 679.

Tuttavia, occorre preliminarmente indagare il distinguo tra persuasione tollerabile e vera e propria manipolazione³³⁸.

Si possono distinguere due dimensioni della manipolazione: la manipolazione come inconsapevolezza dell'influenza altrui, e la manipolazione come impossibilità di scelta razionale³³⁹.

Dal punto di vista normativo, entrambe le dimensioni sono rilevanti perché ognuna di esse suggerisce una violazione dell'autonomia, che richiede una formazione del consenso libera, una scelta di preferenze sufficientemente indipendente e la possibilità di rivedere criticamente e razionalmente tali preferenze.

Per quanto riguarda la manipolazione per inconsapevolezza, la divulgazione e la conoscenza costituiscono un antidoto naturale, escludendo concettualmente l'influenza altrui³⁴⁰.

Tuttavia, è importante notare che la divulgazione di informazioni non garantisce sempre e comunque un processo decisionale razionale da parte del destinatario di tali informazioni, come è ben noto agli studi condotti in psicologia e in economia comportamentale.

Da un punto di vista strettamente di teoria economica, l'ottimizzazione e l'espansione senza vincoli dei modelli di apprendimento automatico sul comportamento dei consumatori sarebbe un problema molto meno rilevante se tutti i consumatori fossero attori del mercato completamente razionali.

Tuttavia, i consumatori spesso elaborano le informazioni in modo imperfetto, essendo soggetti a varie forme di pregiudizi cognitivi (ad esempio, pregiudizio dell'ottimismo, pregiudizio dello *status quo*, pregiudizio del presente, ecc.)³⁴¹.

³³⁸ Sul tema, ad esempio, C. COONS, M. WEBER, "Introduction", in C. COONS, M. WEBER, *Manipulation: Theory and Practice*, Oxford University Press, 2014.

³³⁹ A. WOOD, *Coercion, Manipulation, Exploitation*, in C. COONS AND M. WEBER, *Manipulation: Theory and Practice*, in Oxford University Press, 2014; TH. HILL, *Autonomy and Self-Respect*, in Cambridge University Press, 1991.

³⁴⁰ P. HANSEN E A. JESPERSEN, *Nudge and the manipulation of choice*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2013, p. 19; P. HACKER, *Nudging and autonomy. A philosophical and legal appraisal*, in H.-W. MICKLITZ, A.-L. SIBONY E F. ESPOSITO (a cura di), *Research Methods in Consumer Law* (Edward Elgar) 2018, p. 105-111.

³⁴¹ Cfr. E. ZAMIR E D. TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics*, in Oxford University Press, 2018, p. 19 e ss.

Come dimostra la teoria comportamentale dei contratti³⁴², tali debolezze dei consumatori possono persino portare a quelli che sono stati efficacemente definiti come “contratti di sfruttamento”, in forza dei quali i consumatori non solo finiscono per pagare più di quanto erano inizialmente disposti a fare, ma che essenzialmente riducono il benessere sociale complessivo³⁴³.

Occorre tuttavia precisare che anche se la maggior parte dei consumatori non agisce in modo pienamente razionale, la manipolazione come impossibilità di scelta razionale non può essere equiparata alla semplice presenza di pregiudizi o emozioni nel processo decisionale. E ciò in quanto, altrimenti, quasi tutte le decisioni sarebbero considerate manipolate. Parimenti, pretendere una prova rigorosa dell'impossibilità di una scelta razionale alza talmente tanto l'asticella dell'onere probatorio a carico del consumatore che difficilmente si riuscirebbe a dimostrare che la manipolazione si sia integrata nella pratica.

Pertanto, dal punto di vista concettuale, si dovrebbe ritenere sufficiente che la scelta razionale sia stata “significativamente compromessa”³⁴⁴.

La riduzione della capacità decisionale razionale può derivare da fonti diverse, quali lo stato soggettivo interno del destinatario delle pratiche commerciali o le circostanze che accompagnano la decisione di mercato.

Il concetto di “compromissione significativa” non solo si allinea meglio con lo standard richiesto dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali, ma rappresenta anche una soglia più realistica e concretamente operativa che limita la manipolazione alle forme più gravi di interferenza della libertà altrui.

Pertanto, si dovrebbe ritenere integrata la manipolazione mediante compromissione della scelta razionale altrui allorquando il processo decisionale di una parte sia significativamente ridotto a causa di un'azione (o omissione) attribuibile, direttamente

³⁴² B. KOSZEGI, “*Behavioral contract theory*”, in *Journal of Economic Literature*, 52/2014, p. 1075 - 1104.

³⁴³ F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1683 ss.; P. HEIDHUES, B. KOSZEGI, “*Naivete-based discrimination*”, in *Quarterly Journal of Economics*, 132/2017, p. 1019

³⁴⁴ In questi termini P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, op. cit.

o indirettamente, all'intervento dell'altra parte. Senza tale intervento, una parte potrebbe commettere un errore unilaterale, ma la manipolazione implica tipicamente un piano o un'azione per conto dell'altra parte che ne beneficia³⁴⁵.

La manipolazione si verifica generalmente solo in caso di offerte mirate, non di offerte generali fatte indiscriminatamente a tutti i consumatori. La pratica commerciale posta in essere, dunque, potrà considerarsi manipolativa a condizione che la rilevanza del pregiudizio o dell'emozione per la decisione in questione possa essere attribuita al professionista che la ponga in essere. E ciò si può generalmente ipotizzare solo se la debolezza altrui è stata specificamente mirata, e non se è stata fatta un'offerta generale a tutti i consumatori, alcuni dei quali hanno mostrato tale debolezza verso la manipolazione.

La manipolazione, pertanto, si ottiene concettualmente solo se l'influenza occulta o la compromissione della scelta razionale di una parte possono essere attribuite, direttamente o indirettamente, all'altra parte³⁴⁶.

Nel corso dei secoli, la manipolazione ha generalmente comportato un intervento deliberato e specifico del suo autore nelle decisioni altrui, ad esempio attraverso l'ipnosi, l'intossicazione o la corruzione, rendendo del tutto superflua una disamina sull'attribuzione dell'azione al suo autore.

Tale scenario è destinato a cambiare radicalmente con l'affermarsi delle tecniche di apprendimento automatico.

Volendo semplificare al massimo i termini del discorso, nell'apprendimento automatico un algoritmo calibra un modello dato un obiettivo, la cosiddetta "funzione obiettivo"³⁴⁷. L'algoritmo di apprendimento modifica il modello, regolando i suoi parametri interni, per massimizzare il valore obiettivo.

Nel *marketing*, l'obiettivo preminente è la massimizzazione del profitto.

³⁴⁵ Cfr. T. M. WILKINSON, *Nudging and manipulation*, in *Political Studies*, 61/2013, p. 341 – 351.

³⁴⁶ Per una disamina in generale sulla responsabilità in caso di utilizzo di intelligenza artificiale: M. SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e Responsabilità*, n. 4, 1 luglio 2024, p. 421.

³⁴⁷ I. GOODFELLOW, Y. BENGIO E A. COURVILLE, *Deep Learning*, in *MIT Press*, 79/2016 p. 107.

Pertanto, il modello di apprendimento automatico esaminerà grandi quantità di dati dei clienti per valutare quali offerte funzionano meglio con quali tipi di clienti³⁴⁸.

Idealmente, il modello predirà correttamente le preferenze dei consumatori e suggerirà offerte che corrispondono strettamente a tali preferenze, consentendo così un risparmio di tempo e costi di ricerca per il consumatore, e aumentando le vendite e i profitti per il commerciante.

Tuttavia, non tutti i casi di impiego degli strumenti di intelligenza artificiale si risolveranno in un vantaggio per entrambe le parti del rapporto. Infatti, è molto più realistico e probabile che il soggetto maggiormente avvantaggiato dall'impiego di tali tecnologie sia il professionista.

È importante, tuttavia, distinguere tra la manipolazione intenzionale di tratti manipolabili, da un lato, e la manipolazione come semplice effetto collaterale di un'ottimizzazione algoritmica senza vincoli, dall'altro.

La distinzione si rivela preminente per l'indagine qui condotta perchè consente di comprendere se e quando il professionista che adotta tali strumenti possa incorrere nella violazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette³⁴⁹.

Qui si anticiperanno le conclusioni, riservando al paragrafo successivo una disamina più puntuale del rapporto tra la manipolazione algoritmica e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

L'uso intenzionale di tecnologie in grado di scandagliare gli stati emotivi dei destinatari delle offerte commerciali spesso si rivela contrario alla diligenza professionale, ai sensi dell'art. 20 del codice del consumo.

L'uso non intenzionale di tali tecnologie, rimesso dunque all'apprendimento automatico senza vincoli dell'algoritmo, può risolversi in una violazione della

³⁴⁸ F. ANNUNZIATA, *I processi di mercato automatizzati e il trading algoritmico*, in *Diritto del Fintech*, M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Cedam, 2020; M. BERTANI, *Trading algoritmico ad alta frequenza e tutela dello slow trader*, in AGE, 2019, 261 ss.; P. LUCANTONI, *L'high frequency trading nel prisma della vigilanza algoritmica del mercato*, ibidem, 297 ss.

³⁴⁹ U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1702.

diligenza professionale se il professionista non controlla proattivamente il modello per individuare e correggere eventuali caratteristiche manipolative³⁵⁰.

9.1. Manipolazione algoritmica e pratiche commerciali sleali

Nelle transazioni di mercato, il tema della manipolazione altrui diviene centrale nella normativa sulle pratiche commerciali sleali.

La manipolazione algoritmica, tuttavia, pone una doppia sfida: delineare quali siano i limiti della slealtà per le pratiche di *targeting* emotivo e cognitivo, e dunque di stabilire la rilevanza della manipolazione algoritmica ai sensi della disciplina sulle pratiche sleali; e cercare di comprendere – all’esito dell’analisi che precede – se e in che modo la manipolazione algoritmica possa essere ricondotta nel *genus* delle pratiche sleali, attese oltretutto le inscindibili interazioni che la materia pone tra il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR), la normativa sulla *privacy* e la disciplina sulle pratiche sleali³⁵¹.

Innanzitutto, occorre stabilire se le pratiche di influenza algoritmica rientrino nell’ambito di applicazione della direttiva in materia di pratiche sleali.

Ed infatti, nella lista di pratiche commerciali considerate in ogni caso vietate, nessuna di quelle elencate corrisponde chiaramente ai casi di manipolazione algoritmica nel senso di manipolazione cognitiva o emotiva basata sul meccanismo del *machine learning*.

A ben vedere, in linea generale la proibizione di azioni e omissioni aggressive o ingannevoli è in grado di rispondere alle esigenze di tutela che la manipolazione

³⁵⁰ Cfr. P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, op. cit.; più in generale sul tema della responsabilità da algoritmo, S. IANESE, *Il “danno da algoritmo”: la responsabilità dei sistemi di Machine Learning*, in *Data e IT Law*, 2021.

³⁵¹ N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the internet of things*, in R. SCHULZE E D. STAUDENMAYER (eds), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, 2016, p. 145-147; C. GOANTA E S. MULDER, *Move fast and break things: Unfair commercial practices and consent on social media*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 8/2019, p. 143.

mediante l'impiego di strumenti tecnologici fa sorgere in capo a chi non è consapevole di compiere una scelta di mercato sotto l'influenza altrui.

D'altronde, l'intera disciplina sulle pratiche di commercio sleali si preoccupa di garantire la razionalità del mercato anche attraverso la razionalità delle scelte di consumo intraprese dagli operatori del mercato stesso, che per essere tali devono ovviamente essere scevre da influenze altrui.

Tanto premesso, la manipolazione algoritmica pone il secondo e più incisivo quesito, e cioè l'individuazione della *species* all'interno del *genus* delle pratiche sleali all'interno della quale collocarsi.

Il punto di partenza di questa indagine sembra potersi rintracciare nelle pratiche aggressive.

Nello specifico, una pratica commerciale aggressiva, lo si è detto, consiste nell'uso di una forma di influenza particolarmente pervasiva (molestie, coercizione o indebito condizionamento) che pregiudica in modo significativo la libertà di scelta del consumatore medio, e che dunque altera la sua decisione di consumo³⁵².

Nel contesto della manipolazione algoritmica, tuttavia, la principale porta d'accesso legale tra le alternative poste dall'articolo 24 del cod. consumo in materia di pratiche aggressive è l'indebito condizionamento, la cui definizione sembra attagliarsi alla fattispecie in esame, posto che esso consiste nello sfruttamento di «una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione [...] in un modo tale da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione informata»³⁵³.

Nella decisione *Orange Polska*, la CGUE ha stabilito che una pratica può definirsi aggressiva se «è in grado di far sentire il consumatore a disagio e quindi di confondere le sue idee in relazione alla decisione commerciale da prendere»³⁵⁴.

³⁵² Come è stato sostenuto da N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the internet of things*, op. cit., le violazioni della *privacy* nel *targeting* algoritmico possono equivalere a molestie, ad esempio se il *targeting* viene effettuato mediante l'uso di assistenti digitali personali.

³⁵³ La nozione di indebito condizionamento è stata definita con termini identici dal legislatore europeo e dal legislatore nazionale, rispettivamente nell'art. 2, lett. j), della direttiva 2005/29/CE e art. 18, lett. l), cod. consumo.

³⁵⁴ Causa C-628/17, *Orange Polska*, ECLI:EU:C:2019:480, parag. 47.

Pertanto, la disciplina sulle pratiche commerciali aggressive, per come interpretata anche dalla giurisprudenza europea, potrebbe suggerire che il fatto di colpire un pregiudizio cognitivo o una debolezza emotiva dei consumatori dovrebbe essere considerato un indebito condizionamento, soprattutto se l'effetto della condotta del professionista è così significativo da confondere il consumatore.

Tuttavia, una simile ricostruzione si scontra con due obiezioni.

In primo luogo, ai sensi dell'articolo 25, lettera c), cod. consumo, una riduzione delle capacità decisionali del consumatore dovuta a una situazione specifica rileva ai fini dell'integrazione di una pratica aggressiva se il professionista è consapevole di tale situazione grave e la sfrutta a proprio vantaggio, ma – come si è già detto – lo sfruttamento di debolezze emotive o cognitive può essere un effetto collaterale non intenzionale dell'ottimizzazione contrattuale mediante l'apprendimento automatico. In altri termini, lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica in grado di alterare la capacità di valutazione del consumatore deve essere consapevole, e ciò lascia fuori dall'ambito di applicazione della disciplina sulle pratiche sleali i casi di *targeting* non intenzionale.

Anche se il professionista era consapevole del potenziale manipolativo del suo modello algoritmico, tuttavia, la seconda e più forte obiezione riguarda l'inestricabile connessione dell'indebito condizionamento con la “pressione”, pure contemplata nella definizione di indebito condizionamento di cui all'art. 18, lett. l), cod. consumo.

Ciò comporta che non sia sufficiente l'inganno, ma che l'influenza debba essere esercitata in modo consapevolmente percepito dal consumatore: non si può subire una pressione senza accorgersene. Pertanto, la “pressione” richiesta dalla normativa non è in grado di cogliere l'aspetto dell'influenza nascosta della manipolazione algoritmica. Potrebbe, al più, coprire l'aspetto della compromissione della scelta razionale, ma risulta difficile qualificare una semplice pubblicità o un'offerta contrattuale, anche se apertamente mirata a debolezze emotive o cognitive, come una vera e propria “pressione”³⁵⁵.

³⁵⁵ Cfr. P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, op. cit., il quale rileva che le offerte commerciali, per quanto qualificabili come di “sfruttamento”, difficilmente potranno essere considerate pratiche aggressive, e

In definitiva, poichè il *targeting* manipolativo non funziona, in genere, mediante “pressioni”, al fine di accordare tutela ai consumatori vittime di tali pratiche commerciali può risultare utile e dirimente recuperare il valore centrale della clausola generale di cui all’art. 20 codice del consumo.

Come già chiarito, la clausola generale richiede una violazione della diligenza professionale e una distorsione del processo decisionale del consumatore.

Per determinare i limiti della diligenza professionale richiesta nei casi in questione, occorre riconoscere che ogni tipo di pratica commerciale influisce in qualche modo sul processo decisionale dei consumatori nell’interesse del professionista.

Pertanto, è necessario trovare un equilibrio tra i diversi interessi coinvolti per determinare quale tipo di influenza violi la diligenza professionale³⁵⁶.

In linea di principio, non sembra revocabile in dubbio che l’aver mirato intenzionalmente ai pregiudizi cognitivi o alle debolezze emotive dei consumatori attraverso strumenti di mercato in grado di scandagliare le preferenze dei consumatori costituisca una violazione della diligenza professionale.

In queste ipotesi, infatti, deve ritenersi assente un equilibrio tra gli interessi coinvolti: gli interessi dei *trader* di impegnarsi in una pubblicità efficace o nella progettazione di contratti vantaggiosi hanno un peso significativamente ridotto se le strategie potenzialmente manipolative vengono utilizzate in modo intenzionale al fine di trarre vantaggio da significative debolezze dei consumatori.

In secondo luogo, per i consumatori, questo tipo di *targeting* rende molto difficile prevedere le conseguenze del contratto o dell’affare concluso, sia perché le caratteristiche dell’offerta sono adattate alle caratteristiche razionali prese di mira, sia perché il commerciante beneficia esplicitamente degli stati emotivi caldi di coloro che

ciò anche nei casi di necessità. In primo luogo, infatti, si rileva che la pressione non è generalmente esercitata dal professionista, ma piuttosto deriva dalle esigenze e dai vincoli di bilancio del consumatore; in secondo luogo, inoltre, anche in questi casi l’elemento di pressione deriverebbe, semmai, dalla situazione di necessità, non dallo sfruttamento di tratti emotivi o cognitivi. Pertanto, conclude anche tale Autore, il regime delle pratiche commerciali aggressive in genere non riesce a rendere giustizia a tali azioni di *marketing*.

³⁵⁶ H. KÖHLER, *Kopplungsangebote neu bewertet*, GRUR, 2010, p. 182.

sono sottoposti a *targeting*, che allo stesso modo sostituiscono una ponderazione fredda di costi e benefici³⁵⁷.

Inoltre, è importante notare che questo tipo di *targeting* può violare il GDPR e il diritto fondamentale alla protezione dei dati, se vengono trattati dati personali, e le norme sulla *privacy*, che si applicano anche ai dati non personali.

In definitiva, il *targeting* intenzionale di emozioni o debolezze cognitive dovrebbe, almeno in linea teorica, essere qualificato come una violazione della diligenza professionale: le esigenze di tutela dei consumatori ad adottare scelte di mercato libere e la necessità di tutelare i dati personali e la *privacy* dei consumatori stessi debbono ritenersi preminenti e superiori rispetto agli interessi del commerciante trasfusi nell'utilizzo del *marketing* basato sull'umore o sullo stato mentale dei suoi destinatari. In ossequio al principio di vicinanza dell'onere della prova, inoltre, il ricorso al *targeting* intenzionale dovrebbe essere considerato sufficiente per spostare l'onere probatorio – necessario per andare esente da colpa – sul professionista: spetta a lui, e non al consumatore, dimostrare che l'offerta o la pubblicità concretamente posta in essere non è giuridicamente scorretta.

Una siffatta prova potrebbe essere fornita mediante la dimostrazione del consenso fornito dal consumatore alla pratica³⁵⁸.

Ciò però solleva due importanti questioni. In primo luogo, i consumatori possono acconsentire validamente a pratiche che altrimenti sarebbero considerate sleali ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette? E se sì, quali sono i requisiti specifici che devono essere soddisfatti perché tale consenso sia valido?

Il primo interrogativo solleva la questione dei limiti intrinseci del consenso.

In generale, l'autonomia individuale dovrebbe consentire ai singoli consumatori di acconsentire, in modo informato, anche a pratiche che altri potrebbero considerare

³⁵⁷ E. JOHNSON, A. TVERSKY, *Affect, generalization, and the perception of risk*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 45/1983; J. LERNER ET AL., *Emotion and decision making*, in *Annual Review of Psychology*, 66/2015, p. 803.

³⁵⁸ Ad esempio, il commerciante può sostenere che, nonostante il *targeting* dei punti deboli, la transazione è nel migliore interesse del consumatore. Ad esempio, se un'applicazione di Intelligenza Artificiale Emotiva rileva che una persona teme fortemente un'infezione da COVID-19, un commerciante potrebbe offrire maschere specifiche per il viso o altri prodotti genuini.

manipolative, come il *targeting* cognitivo o emotivo. Va sottolineato subito che lo scopo del consenso viene vanificato se la manipolazione opera tramite un'influenza nascosta, dato che il consenso deve essere informato, o dall'impossibilità di scelta razionale, dato che tale carenza probabilmente influirà anche sulla dichiarazione esplicativa del consenso.

Nella pratica, tuttavia, il potere del consenso individuale è limitato dalle norme sull'ordine pubblico e il buon costume che per solito trovano applicazione per la validità degli accordi conclusi e, ad ogni modo, sembra dubbio che una tale manifestazione del consumatore possa mandare esente il professionista da quelle che sono le conseguenze repressive e sanzionatorie che l'AGCM può mettere in atto, specie nei casi di pratiche sleali gravi e reiterate.

Ad ogni modo, appare plausibile ritenere che le pratiche commerciali scorrette che si risolvano in una violazione dei dati personali possano andare esenti da responsabilità qualora intervenga il consenso dell'interessato che, in tali casi, non potrebbe essere un consenso diverso da quello che soddisfa i requisiti generali del GDPR, e che pertanto deve essere liberamente dato, specifico, informato, non ambiguo e liberamente revocabile³⁵⁹.

In relazione al *targeting* non intenzionale, e cioè a quello che nasce come effetto collaterale dell'ottimizzazione dell'apprendimento automatico, è difficile stabilire una violazione della diligenza professionale, non essendo pienamente ascrivibile tale fenomeno alla volontà del professionista che ne trae beneficio³⁶⁰.

Tuttavia, non sembra potersi escludere in radice la possibilità che il ricorso a tali tecniche di mercato possa rilevare ai sensi dell'art. 20 cod. consumo.

Ed infatti, a tacer d'altro, è possibile ricondurre tale fenomeno all'interno della sfera di controllo del professionista in quanto soggetto che trae profitto da tali tecniche di

³⁵⁹ L'art. 7 del Regolamento UE 2016/679 stabilisce le «condizioni del consenso».

³⁶⁰ P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, op. cit. rileva che il raggiungimento di un equilibrio tra rischio e rendimento nelle offerte algoritmiche sia sufficiente per indagare – in tali ipotesi – un'eventuale violazione della diligenza professionale rilevante ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.

mercato e che, dunque, dovrà anche sopportare i pesi connessi all'impiego di tali strumenti: *cuius commoda eius et incommoda*.

Inoltre, esiste un minimo di comportamento esigibile dal professionista che faccia uso di tali tecniche per il commercio cui rapportare lo standard di diligenza: il professionista che faccia uso di tali strumenti potrà considerarsi onerato di far ispezionare il proprio modello algoritmico alla ricerca di caratteristiche manipolative, atteso oltretutto che esistono numerose società che offrono servizi di revisione algoritmica³⁶¹.

In definitiva, se il professionista che faccia ricorso al *targeting* non intenzionale omette di verificare o di incaricare altri di individuare gli errori che possono dar vita a distorsioni manipolative del modello algoritmico ben potrebbe incorrere in una violazione della diligenza professionale, rilevante ai sensi dell'art. 20 cod. consumo³⁶². Anche se il *targeting*, intenzionale o meno, può violare le norme sulla diligenza professionale, per rilevare ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette deve anche distorcere il processo decisionale del consumatore.

Per espressa previsione normativa, «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» significa alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso³⁶³, e tale requisito deve risultare integrato anche nel caso di impiego di strumenti di intelligenza artificiale. La legge non richiede l'impossibilità – per il consumatore – di una scelta razionale, ma ritiene sufficiente una sua “compromissione apprezzabile”, per come cercato di chiarire anche nel paragrafo che precede.

Se è vero che le pratiche di *marketing* hanno sempre giocato sugli effetti cognitivi ed emotivi dei loro destinatari, non meno vero è che qualora esse finiscano per obliterare del tutto il processo razionale di scelta allora questa distorsione della razionalità del

³⁶¹ Si veda, ad esempio, <https://www.neurocat.ai/>; <https://www.taktile.com/>.

³⁶² P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, op. cit., giunge dunque alla conclusione di ritenere che i *trader* possano anche fare ricorso a modelli algoritmici opachi, ma a loro rischio e pericolo.

³⁶³ Cfr. art. 18, lett. e), cod. consumo.

consumatore sarà rilevante – e dunque perseguibile – ai sensi dell’art. 20 cod. consumo³⁶⁴.

10. È configurabile il parametro del consumatore medio digitale?

Alla luce della variegata e multiforme realtà virtuale che si è cercato di tratteggiare in queste pagine, e dell’attuale disciplina sulle pratiche di commercio sleali – che pure è in evoluzione rispetto al mutato panorama digitale – sembra imporsi un quesito: le tecniche di mercato che imperano nel mondo virtuale conducono verso un nuovo parametro che potrebbe definirsi del “consumatore medio digitale” o mettono definitivamente in crisi il parametro del consumatore medio?

Fin dalle origini della disciplina consumeristica, il concetto di “consumatore medio” è stato letto alla luce della teoria economica classica che ritiene l’uomo perfettamente razionale e capace di compiere sempre la scelta più efficiente³⁶⁵.

Questo modello di *homo oeconomicus* è stato però fortemente criticato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, quando le scienze comportamentali hanno dimostrato che in realtà l’uomo ha una “razionalità limitata”, e le scelte di acquisto che compie sono il frutto di processi inconsci influenzati da *bias* cognitivi che lo conducono a compiere scelte di mercato spesso non efficienti³⁶⁶.

Il legislatore europeo ha recepito quella che potrebbe essere definita come una via mediana tra le due impostazioni. È il considerando n. 18 della direttiva 05/29 ad elevare il consumatore medio a parametro di valutazione per la scorrettezza di una pratica commerciale, definendolo come quel soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia».

³⁶⁴ Cfr. A.-L. SIBONY, *Can EU consumer law benefit from behavioural insights? An analysis of the unfair practices directive*, in *European Review of Private Law*, 22/2014, p. 901.

³⁶⁵ B. SHÜLLER, *The definition of consumers in EU consumer law*, in *European Consumer Protection. Theory and Practice*, a cura di DEVENNEY e KENNY, Cambridge University Press, 2012, 125 ss.

³⁶⁶ H.A. SIMON, *A Behavioural Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1995, 69, 1, 99 ss.

Tale parametro è preordinato a bilanciare, secondo il principio di proporzionalità, le esigenze di tutela del mercato con quelle di protezione dei consumatori³⁶⁷.

Tuttavia, il riferimento ad un soggetto *normalmente* informato e *ragionevolmente* attento ed avveduto, deve considerarsi in evoluzione dinanzi al mercato digitale.

Il livello di informazioni che possono normalmente considerarsi possedute da un consumatore medio, ed il grado di attenzione ed avvedutezza che si può ragionevolmente attendere dallo stesso, costituiscono parametri che per loro natura non possono essere prefissati e che, nell'era del digitale, sono pertanto destinati a mutare. D'altronde, è lo stesso considerando che attribuisce rilievo ai fattori sociali, culturali e linguistici che accompagnano la scelta di consumo del consumatore³⁶⁸.

È stato sapientemente osservato che gli obblighi di informazione gravanti sul professionista debbono servire allo scopo di colmare il *gap* informativo che geneticamente connota il rapporto tra professionisti e consumatori, al fine di rendere i consumatori «calcolanti» e dunque liberi di scegliere ed esercitare consapevolmente la propria autonomia privata³⁶⁹.

Per quanto possa richiedersi un approccio critico del consumatore dinanzi agli strumenti digitali con i quali si ritrova a fare i conti³⁷⁰, è indubbio che una *disclosure* sul funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale non sempre è in grado di garantire che il consumatore possa addivenire ad una scelta di consumo veramente consapevole, non foss'altro per la oggettiva difficoltà di comprensione che – dato l'elevato tecnicismo della materia – accompagna la maggioranza dei consumatori.

³⁶⁷ Cfr. C. LO SURDO, in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 20, op. cit., p. 137.

³⁶⁸ Tali considerazioni vengono compiute da G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, op. cit., cit. p. 165. Il richiamo ai fattori sociali culturali e linguistici come elementi cui tener conto nell'applicazione, al caso concreto, del parametro del consumatore medio è espressamente compiuto dalla stessa Corte di Giustizia nella Sentenza CG, 13 gennaio 2000, in causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG e Lancaster Group GmbH*, par. 29.

³⁶⁹ M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, in *Quaderni de Il Foro Napoletano*, 45, 2020.

³⁷⁰ A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. MASINI (a cura di) *Lo scaffale dell'inganno. Marketing cooperativo e regolamentazione della pubblicità*, Franco Angeli, Milano, 2021.

Il rischio è così che il concetto di consumatore medio si riveli «desueto»³⁷¹ poiché le imprese, grazie ad ingenti investimenti, sono oggi in grado di porre in essere pratiche commerciali sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori, ma ai soggetti singolarmente considerati. L'aumento della concorrenza all'interno del mercato ha di fatto trasformato le tecniche del *marketing*: attraverso analisi di mercato molto dettagliate, le imprese possono intercettare le caratteristiche specifiche dei singoli consumatori per poi approcciarsi a loro secondo logiche personalizzate.

Sulla base di tali considerazioni, è possibile che il riferimento al consumatore medio provochi un abbassamento del livello di tutela degli interessi dei consumatori³⁷². Parimenti, è anche vero che il parametro del consumatore medio ha comunque bisogno di adattamenti e correttivi in grado di scongiurare il rischio prospettato³⁷³.

Questa consapevolezza sembra aver raggiunto il giudice amministrativo, il quale ha sottolineato come il richiamo al modello giuridico del consumatore medio non esclude che «la stessa tutela debba essere assicurata anche ai consumatori più sprovveduti o non particolarmente vigili»³⁷⁴ e che «un'adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smalziti, in quanto, presumibilmente, sono proprio costoro gli utenti "medi" dei servizi reclamizzati»³⁷⁵.

Per concludere, il parametro del consumatore medio, se da una parte risulta idoneo a promuovere un ideale di consumatore informato, ragionevole e dunque sempre più proteso a compiere scelte di mercato efficienti, dall'altra si rivela inadeguato al fine di

³⁷¹ Così M. ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007, p. 72 s.

³⁷² Così C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa e Europa*, 2007, p. 752, secondo cui la nozione di consumatore medio «è scarsamente aderente alla realtà».

³⁷³ Sia consentito rimandare sul punto a G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, *op. cit.*, p. 161 ss. Essenzialmente secondo l'A. il parametro del consumatore medio si dovrebbe usare per valutare la scorrettezza di una pratica commerciale prima che sia posta in essere ed abbia prodotto i suoi effetti, ovvero per valutare pratiche commerciali standardizzate, poste in essere nei confronti di una pluralità indefinita di consumatori. Lo stesso parametro non dovrebbe essere utilizzato, o comunque avrebbe bisogno di correttivi, nel caso di pratiche commerciali poste in essere nei confronti di un singolo consumatore.

³⁷⁴ T.A.R. Lazio, I, 24.6.2010, n. 20910.

³⁷⁵ T.A.R. Lazio, I, 29.3.2010, n. 4931.

valutare la scorrettezza di talune pratiche commerciali, soprattutto se poste in essere a mezzo internet o attraverso strumenti tecnologici.

Finisce così nel nulla la possibilità di configurare un ideale parametro del consumatore medio digitale, attese le oggettive difficoltà di rapportare il comportamento dei consumatori vittime di pratiche commerciali perpetrate a mezzo internet o a mezzo strumento digitali, che per loro intrinseca natura sono altamente pervasive della sfera individuale dei loro destinatari, ad un parametro di diligenza che possa essere agevolmente esigibile nel contesto digitale.

Il vero interrogativo che aleggia allora è sempre il medesimo. Posto che non ci sono più dubbi circa la configurabilità di una pratica commerciale scorretta posta in essere *una tantum* nei confronti di un singolo, determinato consumatore³⁷⁶, per quale ragione si dovrebbe continuare a fare riferimento al consumatore medio piuttosto che alla persona effettivamente raggiunta dalla pratica commerciale?

³⁷⁶ Sentenza CGUE 16.4.2015, in Causa C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. UPC Magyarország Kft.*, EU:C:2015:225.

CAPITOLO III

Pratiche commerciali sleali, vizi contrattuali e rimedi negoziali

SOMMARIO: 1. La tutela del consumatore tra *private* e *public enforcement* – 2. Il coordinamento tra la normativa nazionale e la normativa di origine europea – 3. Il nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 codice del consumo: profili problematici – 3.1. (*Segue*) L'incerto ambito di applicazione della nuova disposizione alle microimprese: primo nodo interpretativo da sciogliere – 3.2 (*Segue*) Sul *quomodo* della reazione individuale del consumatore alla luce della ambigua formulazione del comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo – 4. Risoluzione del contratto e riduzione del prezzo – 4.1. (*Segue*) Ulteriori questioni e talune conclusioni in merito all'esperibilità dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo – 5. Gli «ulteriori rimedi»: i rimedi tradizionalmente di diritto privato europeo – 5.1 (*Segue*) Il recesso di pentimento – 6. I rimedi invalidanti: una necessaria premessa – 7. La nullità – 7.1 (*Segue*) La nullità di protezione – 8. L'annullabilità – 9. L'errore – 10. La violenza – 11. Il dolo – 12. Limiti dei rimedi invalidanti. Conclusioni sull'annullabilità del contratto – 13. Pubblicità ed integrazione del contratto tra commerciante e consumatore. I possibili rimedi esperibili dal consumatore leso – 14. Una chiosa sui rimedi negoziali.

1. La tutela del consumatore tra *private* e *public enforcement*

Per come anticipato nella introduzione del presente lavoro, una delle novità di maggiore rilievo ed interesse in materia di pratiche commerciali scorrette consiste nell'introduzione di una disposizione *ad hoc* sui rimedi a costituire l'armamentario a disposizione dei consumatori lesi da una pratica sleale.

In punto di rimedi, numerose sono le riflessioni che si impongono.

Anzitutto, è possibile constatare che le disposizioni del Titolo III, Capo III, cod. consumo si preoccupano di configurare un apparato rimediale di evidente natura amministrativo/pubblicistica³⁷⁷. Tale rilievo appare coerente con l'obiettivo principale che il legislatore europeo sembra essersi prefissato: la tutela del mercato.

L'art. 11 della direttiva 05/29 riservava agli Stati membri la scelta dei mezzi ritenuti più adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, precisando che, in ogni caso, si sarebbero dovute prevedere disposizioni giuridiche ai sensi delle quali

³⁷⁷ V. D'ANTONIO, G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di P. STANZIONE, A. MUSIO, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2009, p. 133–208.

le persone o le organizzazioni, a cui la legislazione nazionale riconosce un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali scorrette, inclusi i concorrenti, possano promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche, ovvero sottoporle al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria.

Contrariamente al numero piuttosto cospicuo di disposizioni di natura sostanziale, le regole della direttiva si mostrano alquanto essenziali quando si tratta di rimedi. L'ampia discrezionalità che viene lasciata in capo agli Stati membri nello stabilire gli strumenti e i procedimenti con cui contrastare le pratiche scorrette si rivela il maggior ostacolo all'opera di armonizzazione massima che il legislatore europeo si era proposto³⁷⁸. In ogni caso, le varie disposizioni presenti nella direttiva dimostrano un'attenzione particolare alla dimensione collettiva dei rimedi e delle sanzioni.

È stato pertanto predisposto un apparato rimediale volto ad assicurare il corretto funzionamento del mercato e, con esso, gli interessi generali dei consumatori collettivamente considerati, nonché, indirettamente, anche dei professionisti che in detto mercato si trovano a dover operare³⁷⁹.

In sede di attuazione della direttiva 05/29 il legislatore nazionale ha previsto, con espresso riferimento alle pratiche commerciali sia aggressive che ingannevoli, un procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) che 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» (art. 27, comma 2, cod. consumo). L'Autorità può disporre la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali ritenute scorrette (art. 27, comma 3), ne può vietare la diffusione (art. 27, comma 8), ed inoltre può applicare sanzioni pecuniarie sia in caso

³⁷⁸ In tal senso L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali, in Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 19, ove l'A. sottolinea come questa mancanza di uniformità in punto di rimedi possa determinare addirittura un "penalties shopping" da parte degli imprenditori più organizzati. Viene pertanto osservato come la Corte di Giustizia europea abbia un ruolo fondamentale nel valutare l'effettività delle sanzioni predisposte dagli Stati membri nella prospettiva di una omogeneizzazione dei rimedi.

³⁷⁹ Così C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007

di inottemperanza del provvedimento di sospensione (art. 27, comma 4), sia quando ritenga che la pratica sia da vietare (art. 27, comma 9 e 12)³⁸⁰.

Il ricorso all'AGCM si affianca ad altri rimedi quali i procedimenti conciliativi, cautelari e di merito avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, in grado di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori e per i quali la legittimazione ad agire si ritiene competere esclusivamente alle associazioni dei consumatori³⁸¹, nonché all'azione risarcitoria di classe, dapprima disciplinata nell'art. 140 *bis* cod. consumo³⁸². Tali strumenti appartengono comunque al c.d. *public enforcement*, in quanto riguardano, ancora una volta, la tutela collettiva dei consumatori e non le singole posizioni soggettive lese.

Salva l'ipotesi dell'azione risarcitoria di classe, infatti, l'insieme dei rimedi sopra richiamati non consente al singolo consumatore di ottenere una forma di ristoro individuale per essere stato vittima di una pratica scorretta.

Alla luce del sistema rimediale a vocazione collettiva, che qui è stato brevemente delineato, sorge spontanea una domanda: *quid iuris* del contratto stipulato dal singolo consumatore con il professionista che ha posto in essere una pratica commerciale scorretta?

Sul punto il legislatore nazionale si è limitato a riprodurre quanto previsto dalla direttiva e pertanto l'art. 19, comma 2, lett. a) cod. consumo prevede che le norme sulle pratiche sleali non pregiudicano «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto». Su questa disposizione gioverà soffermarsi, ma tra un istante.

³⁸⁰ N. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno del consumatore*, in *Contratti e impresa*, 3/2010, p. 671.

³⁸¹ E. GRAZIUSO, *Legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e clausole abusive*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 3/2001, pp. 103 ss.

³⁸² Per un approfondimento sull'argomento si veda, ad es., P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 487 ss. Per i profili comparatistici si veda V. LENOCI, *Profili di diritto internazionale: la class action nei paesi anglosassoni*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 537 ss.

La tutela civilistica dei concorrenti non pone problemi particolarmente delicati; l'art. 27, co. 15, cod. consumo fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale, di pubblicità comparativa, di atti compiuti in violazione del diritto d'autore, dei marchi d'impresa, delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi, beni e servizi concorrenti. Norma evidentemente da intendersi nel senso che è concesso al singolo imprenditore, eventualmente leso da una pratica scorretta del concorrente, di reagire nei modi consentiti dagli artt. 2598 e seguenti del codice civile.

La tutela del singolo consumatore, invece, non è stata assistita – sino all'emanazione della Dir. 2019/2169/UE - da una specifica disposizione all'interno del codice del consumo: nulla il legislatore ha disposto in merito alla validità o meno del contratto stipulato in seguito ad una pratica scorretta, così come nulla dispone in merito al risarcimento del danno subito dal consumatore o ai rimedi di diritto civile utilizzabili da quest'ultimo. Eppure, l'importanza del c.d. *private enforcement* è innegabile; l'azione amministrativa, per quanto indispensabile, è inevitabilmente selettiva in ordine alle proprie priorità d'azione e quindi incapace di assicurare l'intervento pubblico in ogni caso suscettibile di tutela³⁸³.

In assenza di una presa di posizione in merito da parte del legislatore, la questione del *private enforcement* ha pertanto trovato soluzione a livello interpretativo. Almeno sino all'emanazione della direttiva 2019/2161/UE.

Infatti, il fine dichiaratamente perseguito dalla dir. 2005/29/CE di armonizzazione massima delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali scorrette, per garantire la piena effettività della relativa disciplina negli ordinamenti interni degli Stati membri, ha reso necessario rimeditare la scelta compiuta inizialmente dal legislatore europeo.

È stata così introdotta nella dir. 2005/29/CE una disposizione che imponesse agli Stati membri di prevedere espressamente nella loro legislazione nazionale che i consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali fossero legittimati ad esperire rimedi

³⁸³ Così C. E. CAZZATO, *Il danno da pratiche commerciali scorrette*, in *Prodotti difettosi, risarcimento del danno e regole di sicurezza*, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. ALPA, A. CATRICALÀ, Il Mulino, 2016, cit. p. 479.

privatistici individuali nei confronti dei professionisti responsabili, al fine di armonizzare il più possibile il regime normativo di siffatti rimedi.

Come anticipato, al fine di soddisfare siffatta esigenza, l'art. 3, n. 5, dir. 2019/2161/UE ha previsto l'inserimento, nella dir. 2005/29/CE, di un nuovo art. 11-bis, rubricato "Rimedi".

Pur non potendosi negare l'importanza della innovazione apportata dalla disposizione *de qua*, grazie alla quale sembra fugato ogni dubbio in merito all'esperibilità di rimedi privatistici individuali di diritto interno da parte dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorrette, non possono sottacersi dubbi circa la formulazione della disposizione di matrice europea, nel complesso inadeguata rispetto all'obiettivo di armonizzazione "massima" delle legislazioni nazionali, che rimane pur sempre il fine ultimo fondamentale della dir. 2005/29/CE.

Fugato ogni dubbio in merito all'*an* della tutela privatistica, la disposizione rimette alla discrezionalità dei legislatori nazionali il *quomodo* del rimedio privatistico esperibile dal consumatore leso da una pratica sleale.

Questa scelta ha finito per incrementare le differenze fra le modalità con le quali, nei diversi Stati membri, i legislatori hanno provveduto all'individuazione della natura, della tipologia e del numero dei rimedi esperibili, alla definizione dei presupposti della loro esperibilità e delle conseguenze giuridiche del loro esercizio, al coordinamento di tali rimedi sia con i rimedi contrattuali ed extracontrattuali spettanti ai consumatori sulla base di altre discipline speciali relative ai rapporti di consumo, sia con i rimedi contrattuali ed extracontrattuali spettanti sulla base dei principi e degli istituti generali del diritto nazionale in materia di contratti e di responsabilità civile.

Siffatte perduranti e radicali differenze sono la diretta conseguenza della incapacità degli organi legislativi europei di costruire un regime normativo completo e uniforme dei rimedi individuali, certamente imputabile alle difficoltà e agli ostacoli in cui è inevitabile imbattersi nel tentativo di uniformare in modo compiuto istituti del diritto

privato che nei sistemi civilistici nazionali vengono ancor oggi disciplinati e costruiti con contenuti e soluzioni assai divergenti³⁸⁴.

2. Il coordinamento tra la normativa nazionale e la normativa di origine europea

Necessario punto di partenza, come poc'anzi anticipato, è la regola posta dall'art. 19, comma 2, lett. a), cod. consumo, secondo cui la disciplina sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale.

La norma in commento contiene due indicazioni importanti: la prima è che la disciplina di diritto comune relativa alla formazione, validità ed efficacia dei contratti non è incisa dalle disposizioni in materia di pratiche sleali e la seconda, come diretta conseguenza, è che essa, rimanendo in vigore, si mostra compatibile con la disciplina di derivazione comunitaria e dunque si aggiunge ad essa, rivelandosi adeguato parametro di valutazione dell'incidenza della pratica scorretta sul singolo contratto³⁸⁵. Come già si è detto, il legislatore italiano non ha fatto altro che riprodurre l'art. 3 della direttiva 05/29, ove è stabilito che: «la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto». La norma si mostra coerente con l'intento del legislatore europeo di accordare tutela agli interessi collettivi dei consumatori, senza invadere l'ambito della tutela individuale, riconosciuto come proprio e specifico del diritto privato nazionale dei contratti. D'altronde questo rilievo è confermato dall'art. 11 dir. 05/29, che lascia liberi gli Stati membri di decidere quale tipo di *enforcement* accordare ai consumatori. Com'è stato efficacemente osservato, nel contesto della direttiva l'espressione “non pregiudica” il diritto dei contratti non può che essere intesa nel senso che la disciplina

³⁸⁴G. DE CRISTOFARO, *Rimedi privatistici “individuali” dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Jus Civile*, 2022, p. 269 ss.

³⁸⁵Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Giuffrè Editore, 2014, p. 257 ss.

sulle pratiche scorrette inciderà sul diritto dei contratti nel modo in cui i diversi ordinamenti sceglieranno espressamente o tacitamente attraverso il rinvio al sistema³⁸⁶. Non vi è ragione di ritenere che il legislatore italiano, nel riproporre la stessa formula, volesse intendere qualcosa di diverso.

Pertanto delle due possibili interpretazioni che possono essere fornite dell'art. 19 cod. consumo, la prima, nel senso che la norma autorizza a ritenere che la tutela privatistica possa aggiungersi a quella speciale e la seconda, nel senso opposto, che porta a ritenere l'ambito della disciplina privatistica impermeabile nei rapporti con la disciplina di derivazione comunitaria³⁸⁷, è sicuramente la prima a dover essere accolta.

Un'interpretazione di segno opposto si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. nei limiti in cui i singoli consumatori siano ritenuti portatori di un interesse giuridicamente rilevante leso da una pratica scorretta.

Inoltre, nell'ambito della stessa azione di classe, viene fatta salva la possibilità del consumatore di agire individualmente nel caso in cui non abbia aderito all'azione di classe stessa, o non sia intervenuto nel giudizio³⁸⁸. Questa previsione si pone in linea con il dettato costituzionale nella consapevolezza che il consumatore non può essere obbligato ad utilizzare la sola azione di classe quando intende esercitare il suo diritto di difesa³⁸⁹.

Merita di essere evidenziato che l'art. 3, par. 2, dir. 2005/29/CE – ai sensi del quale la direttiva “non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto” – non è stato modificato dalla dir. 2019/2161/UE, il cui considerando 57 ribadisce anzi che la stessa direttiva (e quindi anche il suo art. 3, che ha introdotto nella dir. 2005/29/CE il nuovo art. 11-bis) «non dovrebbe pregiudicare il diritto contrattuale nazionale che disciplina, per

³⁸⁶ Così M. R. MAUGERI, *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.

³⁸⁷ Fornisce questa interpretazione S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'ANGELO, V. ROPPO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 104 ss.

³⁸⁸ L'art. 140 bis cod. consumo, al comma 14, prevedeva espressamente che «è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva». Oggi, l'art. 840 bis c.p.c. contiene un'analoga disposizione.

³⁸⁹ Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit.

esempio, la conclusione o la validità di un contratto in casi come un vizio del consenso o un'attività commerciale non autorizzata».

Risulta in tal modo confermato che la necessità di recepire l'art. 11-*bis* della dir. 2005/29/CE non impone agli Stati membri né di rivedere il proprio diritto generale dei contratti, né di apportare – laddove i legislatori nazionali ritengano opportuno fare ricorso ad uno o più degli istituti che ne facciano parte (nullità, annullamento, risoluzione, rescissione, recesso, riduzione del prezzo, diritto all'esatto adempimento, risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e/o precontrattuale, ecc.) al fine di dare attuazione all'art. 11-*bis*, dir. 2005/29/CE – modifiche od alterazioni al regime normativo cui i suddetti istituti sono assoggettati in forza del diritto generale dei contratti nazionale.

D'altronde, se lo scopo precipuo della disciplina sulle pratiche sleali risulta essere quello di garantire il normale funzionamento del mercato, nondimeno essa vuole tutelare la libertà negoziale del consumatore³⁹⁰, e questo non può escludere la possibilità che una pratica sleale si rifletta sul piano della validità del contratto.

La disciplina della validità del contratto, infatti, riflette l'approccio liberista: una scelta negoziale è valida se realizza interessi ed esprime la libertà degli individui³⁹¹. La scelta compiuta dal singolo individuo è valida solo se non esistono cause di alterazione della sua capacità di intendere e di volere ed in quest'ottica le pratiche sleali si mostrano coerenti alla logica dell'invalidità. Falsare con l'inganno o l'aggressione l'altrui scelta significa renderla certamente più o meno irrazionale. Falsarla in “misura apprezzabile” significa produrre un'irrazionalità certamente incidente sulla scelta³⁹². Pertanto, se la slealtà ha determinato la scelta, nel senso che ha condotto alla conclusione del contratto, alla scelta irrazionale ben può conseguire l'invalidità. Ma in quale forma? Che tipo di invalidità?

³⁹⁰ P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Diritto industriale*, 1/2011, p. 45 ss.

³⁹¹ Così, espressamente, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

³⁹² In tal senso A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

Tutto questo per evidenziare come la disciplina sulle pratiche commerciali sleali ben può avere ripercussioni sulla disciplina del contratto e, più in particolare, sulla disciplina dell'invalidità dell'accordo raggiunto in seguito ad una pratica sleale. E, se ciò è corretto, la laconicità della normativa sui rimedi individuali, piuttosto che escludere, autorizza a ricercare il fondamento, i presupposti e la natura del c.d. *private enforcement*.

3. Il nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 codice del consumo: profili problematici

Il l d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26 – che ha dato attuazione alla dir. 2019/2161/UE nel diritto italiano apportando al codice del consumo tutte le modifiche necessarie – ha destinato al recepimento dell'art. 11- *bis*, dir. 2005/29/CE una disposizione *ad hoc*, così formulata: “*I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori*”.

La disposizione *de qua* è stata collocata nel nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 c.cons., articolo interamente dedicato alla definizione del ruolo e delle competenze (pubblicistiche) dell'AGCM e alla regolamentazione dei procedimenti amministrativi nell'ambito dei quali l'Autorità stessa provvede all'accertamento della violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette dettato dall'art. 20 cod.consumo nonché all'adozione dei conseguenti provvedimenti inibitori e ripristinatori e (soprattutto) sanzionatori nei confronti del professionista riconosciuto responsabile del relativo illecito amministrativo.

La collocazione sistematica della norma apre dunque a perplessità.

Considerata l'importanza e la natura squisitamente privatistica della disciplina dei rimedi individuali esperibili nei confronti del professionista che ponga in essere pratiche commerciali scorrette, sarebbe stato certamente più opportuno e sistematicamente più corretto inserire la nuova disposizione in un articolo del codice del consumo separato ed autonomo rispetto all'art. 27.

Inoltre, tale disposizione ha la fondamentale funzione di costituire essa stessa il fondamento giuridico delle pretese e dei rimedi di natura privatistica che d'ora in poi potranno esser fatti valere dai consumatori nei confronti dei professionisti che pongano in essere pratiche commerciali scorrette: un fondamento giuridico fino ad oggi completamente assente nel nostro diritto privato.

Non si vede pertanto quale nesso possa intercorrere fra il comma 15 dell'art. 27 c.cons. (che si limita a far salve pretese e diritti spettanti, sulla base di fondamenti giuridici esterni ed estranei al codice del consumo, ad imprenditori concorrenti del professionista che ha fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta) e la disposizione inserita nel nuovo comma 15-bis, che costituisce invece essa stessa la base giuridica sulla quale si fondano direttamente i rimedi privatistici individuali che potranno essere esperiti dai consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette: rimedi che, se esperiti attraverso la proposizione di una domanda giudiziale, condurranno inevitabilmente all'instaurazione di un procedimento civile appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario (e non del giudice amministrativo).

La collocazione sistematica della norma, nonostante desti perplessità, sembra suggerire la soluzione ad un problema di grande rilievo, e cioè se, nell'esercizio del potere attribuitole dall'art. 27, comma 2, cod. consumo, di adottare misure volte ad "eliminare gli effetti" delle pratiche commerciali scorrette, nonché nell'esercizio dei poteri di *enforcement* che le competono, l'AGCM possa considerarsi legittimata non soltanto ad "accettare" gli "impegni" che un professionista eventualmente si offra di assumere al fine di evitare l'accertamento dell'illecito amministrativo e l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria³⁹³, ma addirittura ad impartire, al

³⁹³ Cfr. art. 27, comma 7, cod. consumo, ai sensi del quale: «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

professionista responsabile della pratica commerciale scorretta, l'ordine di soddisfare le pretese di natura privatistica (segnatamente, le pretese di natura risarcitoria o le pretese di natura restitutoria conseguenti all'esperimento del rimedio della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto) spettanti *ex art. 27, comma 15-bis, cod. consumo* ai consumatori che siano stati "pregiudicati" da siffatta pratica, quantificando direttamente l'importo delle somme dovute a questo titolo dal professionista stesso³⁹⁴. Una risposta positiva al citato quesito potrebbe invero rivelarsi tutt'altro che incoerente con la visione "europea" del ruolo, della funzione e dei poteri di *enforcement* delle Autorità nazionali designate come Autorità competenti per l'applicazione delle normative di protezione dei consumatori³⁹⁵. La stessa Corte di Giustizia UE, nella recentissima sentenza *Green Network* del 30 marzo 2023, non ha esitato a riconoscere la piena compatibilità con il diritto UE della (interpretazione della) normativa italiana che attribuisce ad ARERA il potere di adottare – nell'ambito dei procedimenti amministrativi instaurati nei confronti delle imprese fornitrici di energia elettrica che, violando gli obblighi di trasparenza tariffaria su di esse gravanti, abbiano inserito nei contratti di somministrazione di energia elettrica stipulati con la propria clientela clausole relative al pagamento di "costi di gestione amministrativa" vietate (e quindi nulle) – provvedimenti che (oltre ad irrogare sanzioni amministrative pecuniarie) ordinino alle imprese responsabili del relativo illecito amministrativo di provvedere

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».

³⁹⁴ Il potere di ordinare ai professionisti, che si siano resi responsabili della violazione di normative UE di protezione dei consumatori, di eseguire – a beneficio dei consumatori che siano stati pregiudicati dalle relative condotte – le prestazioni che i consumatori stessi hanno diritto di esigere in forza di norme privatistiche interne che ad essi attribuiscono la relativa pretesa creditoria non viene invero espressamente annoverato fra i poteri di *enforcement* di cui le Autorità pubbliche nazionali designate come responsabili per l'applicazione delle discipline UE di protezione del consumatore debbono necessariamente essere investite ai sensi dell'art. 9, par. 4, reg. UE 2017/2394. Sennonché, quello contenuto nel par. 4 dell'art. 9, reg. UE 2017/2394 è soltanto un elenco dei poteri di *enforcement* "minimi" di cui debbono essere dotate le Autorità nazionali competenti; elenco che, pertanto, ben potrebbe essere integrato e arricchito dalla legislazione nazionale degli Stati membri.

³⁹⁵ Si veda, ad es., Corte giust. UE 29 settembre 2022, causa C-597/20, *Polskie Linie Lotnicze «LOT» S.A.*

alla restituzione delle somme di denaro indebitamente versate dai clienti in esecuzione di tali clausole³⁹⁶.

A ben vedere, tuttavia, riconoscere tale potere “d’ufficio” all’AGCM potrebbe porsi in contrasto con taluni principi vigenti nel nostro ordinamento, e segnatamente con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Se è vero che siffatta ricostruzione permetterebbe, in termini di economia processuale, ai consumatori di ottenere ristori dei pregiudizi subiti in modo più veloce ed efficace, nondimeno essa rischia di ampliare troppo la sfera di potere dell’Autorità, quantomeno in assenza di una espressa previsione legislativa che consenta all’Autorità stessa di adottare tali tipi di provvedimenti all’esito dei procedimenti volti ad accertare la scorrettezza di una pratica commerciale.

In definitiva, un intervento così invasivo nella sfera dei rapporti privatistici da parte dell’Autorità sembra porsi in contrasto con talune coordinate fondamentali del nostro ordinamento.

Quanto infine ai contenuti precettivi del comma 15-*bis*, in termini generali occorre constatare che il legislatore nazionale ha assolto in modo incompleto il delicato compito cui era chiamato per dare piena attuazione all’art. 11- *bis* della direttiva 2005/29/CE.

La formulazione testuale della disposizione interna si sostanzia, infatti, in una pressoché pedissequa riproposizione della disposizione europea, della quale conserva la laconicità, la genericità e l’ambiguità, omettendo completamente di affrontare tutte le questioni che – espressamente o anche solo implicitamente – la direttiva UE incaricava i legislatori dei Paesi membri di affrontare *ex professo* attraverso apposite disposizioni interne di recepimento.

Il risultato che ne deriva è un precetto laconico, che richiede ancora una volta all’interprete un rilevante sforzo argomentativo per poter essere inserito in modo armonico e coordinato sia nel sistema generale del diritto nazionale dei contratti e della responsabilità civile, sia nel “sottosistema” dei contratti dei consumatori.

³⁹⁶ Sentenza 30 marzo 2023, in causa C-5/22, Green Network contro SF, YB e ARERA.

3.1. (Segue) L'incerto ambito di applicazione della nuova disposizione alle microimprese: primo nodo interpretativo da sciogliere

Il legislatore ha collocato la disposizione attuativa dell'art. 11-*bis* della dir. 2005/29/CE all'interno dell'art. 27 cod. consumo, così sottovalutando un ulteriore problema legato alla definizione dell'ambito di applicazione di tale nuova disposizione, con particolare riferimento alle microimprese.

Ed infatti, la disposizione richiamata sancisce testualmente che i “soli” consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette possano «adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi [...]».

Tuttavia, l'art. 19, comma 1, cod. consumo statuisce altrettanto espressamente che il Titolo III della Parte II del codice medesimo (Titolo recante la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nel quale si trova collocato anche l'art. 27) si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese³⁹⁷.

Rispetto all'ambito di applicazione del nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo, occorre pertanto chiedersi se esso possa trovare applicazione anche rispetto alle pratiche commerciali scorrette - diverse dalla pubblicità ingannevole e dalla pubblicità comparativa illecita - aventi quali destinatari finali le microimprese, che ben potrebbero aver necessità di reagire a fronte di un pregiudizio ai propri interessi economici³⁹⁸.

A dispetto della formulazione testuale della nuova disposizione, alla luce del chiaro tenore testuale del comma 1 dell'art. 19 cod. consumo, parrebbe potersi rispondere positivamente al quesito qui sollevato, anche perché la dir. 2019/2161/UE non impedisce agli Stati membri, che abbiano eventualmente optato per un ampliamento

³⁹⁷ Le richiamate pratiche commerciali, tuttavia, non debbono sostanzialmente essere nella pubblicità ingannevole o comparativa illecita, nel qual caso trova ad esse esclusiva applicazione il d.lgs. n. 145/2007. Sul tema, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014, p. 3 ss.

³⁹⁸ Per un approfondimento, si richiama il lavoro monografico di F. TRUBIANI, *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, 2020, p. 83 ss.

dell'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni attuative della dir. 2005/29/CE, di dare accesso ai rimedi privatistici anche a soggetti - pregiudicati da pratiche siffatte - che non siano qualificabili come consumatori in senso stretto e proprio.

La necessità di preferire l'opzione interpretativa che consente alle microimprese di fare ricorso ai rimedi individuali di reazione alle pratiche sleali si impone anche alla luce di ragioni pratiche e di opportunità sociale: oltre il 90% delle imprese che hanno sede nel territorio italiano rientra, per dimensioni e caratteristiche strutturali, nella nozione di "microimpresa"³⁹⁹.

3.2. (Segue) Sul *quomodo* della reazione individuale del consumatore alla luce della ambigua formulazione del comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo

Come anticipato, all'interprete viene ancora una volta addossato il compito di stabilire gli esatti confini della portata normativa della disposizione in commento, alla luce del tenore poco chiaro con il quale la stessa è stata trasposta all'interno del nostro ordinamento.

Ed infatti, diversi sono i dubbi che permangono in merito al *quomodo* della reazione individuale del consumatore.

Venendo ai singoli "rimedi" espressamente contemplati dalla nuova disposizione italiana, quanto al risarcimento del danno, ad esempio, non viene chiarito se esso discenda da responsabilità contrattuale o extracontrattuale del professionista; quale sia il termine di prescrizione; se siano risarcibili anche i pregiudizi non patrimoniali eventualmente sofferti dal consumatore; quale debba essere il regime di distribuzione

³⁹⁹ Perviene alle medesime conclusioni anche G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11- bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2, 1 marzo 2023, p. 441.

degli oneri probatori in caso di controversia instaurata dal singolo consumatore; quale rilevanza e quale grado di vincolatività per il giudice adito possa eventualmente assumere nel giudizio ordinario l'eventuale previo accertamento, compiuto dall'AGCM, della slealtà della pratica commerciale posta in essere dal professionista; nulla, infine, viene detto circa la quantificazione del danno.

Quanto invece alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo, non viene precisato se questi rimedi – tra loro alternativi – possano esser fatti valere anche in cumulo con il rimedio risarcitorio ovvero soltanto in alternativa rispetto ad esso.

Non sono poi stabiliti i presupposti in presenza dei quali il consumatore vittima di una pratica commerciale sleale possa farvi ricorso. La disposizione stabilisce infatti che, diversamente dal risarcimento, che parrebbe suscettibile di essere richiesto sempre, la risoluzione del contratto (al pari della riduzione del prezzo) sia un rimedio da attivare soltanto “ove applicabile”.

Quali siano le condizioni di “applicabilità” non viene però chiarito dalla disposizione in esame.

Mancano poi completamente le indicazioni necessarie per la ricostruzione della disciplina dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, come ad esempio il tempo per far valere le relative pretese ovvero il termine di prescrizione dei relativi diritti, quale dovrebbe essere il parametro di quantificazione della riduzione del prezzo o quali le conseguenze connesse al rimedio della risoluzione del contratto, soprattutto dal punto di vista degli obblighi restitutori gravanti sulle parti e quali gli effetti nei confronti dei terzi.

Senza considerare che la disposizione in commento non offre spunti di soluzione quando, come di sovente avviene nella pratica, la pratica commerciale scorretta viene posta in essere da un professionista diverso (ad esempio, il produttore) dal professionista (ad esempio, il venditore finale) che ha concluso con il consumatore il contratto avente ad oggetto la fornitura del bene o del servizio a titolo oneroso. Ad esempio, è immaginabile che il consumatore convenga in giudizio contestualmente il professionista autore della pratica commerciale scorretta con una azione risarcitoria e

il professionista controparte del contratto con un'azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo?

Infine, appare di fondamentale importanza stabilire se l'autorità giudiziaria investita di una controversia fra un consumatore e un professionista che abbia posto in essere nei suoi confronti una pratica commerciale sleale, nel riconoscere al consumatore tutela privatistica secondo uno dei rimedi di cui al comma 15-bis debba attenersi pedissequamente a quanto richiesto dal consumatore stesso, ovvero possa applicare d'ufficio un rimedio diverso – ritenuto in ipotesi più “proporzionato ed effettivo” – rispetto a quello effettivamente esperito dal consumatore, qualora accerti la natura scorretta della pratica posta in essere dal professionista e il pregiudizio sofferto dal consumatore.

Il legislatore, invece, sembra aver risolto una questione importante, e cioè se il consumatore pregiudicato da una pratica commerciale scorretta possa considerarsi legittimato ad esperire anche rimedi privatistici diversi ed ulteriori rispetto al risarcimento del danno, alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo, gli unici rimedi espressamente contemplati e annoverati dal nuovo comma 15-bis dell'art. 27 cod.cons.

Ed infatti, a suggerire che l'elenco dei rimedi contenuto nella norma sia solo esemplificativo è l'ultimo inciso della disposizione, laddove prevede espressamente che «sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori»⁴⁰⁰.

Da qui, intende proseguire la presente indagine: scandagliare i presupposti in presenza dei quali al consumatore è possibile esperire in modo efficace uno dei rimedi previsti dalla norma in commento ovvero fare ricorso a rimedi diversi e ulteriori.

⁴⁰⁰ Contra G. DE CRISTOFARO, “*Rimedi*” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.), op. cit., il quale sostiene che il comma 15-bis dell'art. 27 cod. consumo esclude la possibilità per il consumatore di avvalersi di un rimedio (contrattuale) diverso da uno di quelli espressamente contemplati dalla disposizione, osservando che tale disposizione rappresenta un “novum” e che si configura come “autonoma base giuridica di rimedi contrattuali che in sua assenza non sarebbero esperibili” e che pertanto “non può prestarsi, proprio in ragione della sua natura innovativa e della sua specialità, a costituire il fondamento di rimedi diversi e ulteriori rispetto a quelli che espressamente contempla”.

In mancanza di qualsivoglia indicazione utile nel testo della disposizione, il tentativo di offrire una risposta ai molteplici interrogativi che la nuova disciplina pone deve prendere le mosse dalla necessità di integrare la disposizione *de qua* all'interno del sistema generale del diritto civile nazionale, nonché nei “sottosistemi” del diritto privato dei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, adottando soluzioni interpretative che siano il più possibile coerenti con le caratteristiche di siffatto sistema e dei correlativi sottosistemi.

Si tenterà, a tali fini, di analizzare partitamente i singoli rimedi previsti dalla norma in commento, salvo dedicare al risarcimento del danno un'attenzione diffusa nel capitolo successivo, per poi analizzare gli ulteriori rimedi che l'ordinamento offre, per verificarne compatibilità ed efficacia di tutela per i consumatori vittime di pratiche commerciali sleali.

4. Risoluzione del contratto e riduzione del prezzo

Il consumatore leso nella sua libertà di determinarsi ad una scelta di consumo scevra da scorrettezze commerciali vede attribuirsi dal comma 15-*bis* dell'art. 27 cod.cons. la legittimazione ad esperire - oltre al rimedio risarcitorio - anche il rimedio della riduzione del prezzo e il rimedio della risoluzione del contratto, ma soltanto “ove applicabil[i]”.

La formulazione testuale della disposizione lascia intendere che ai consumatori vittime di pratiche sleali non venga riconosciuto *tout court* un diritto a richiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, ma che tali rimedi possano essere attivati compatibilmente a quelli che sono i presupposti sanciti dal nostro sistema del diritto dei contratti (e con il sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori), oltretutto in coerenza con i parametri della proporzionalità e della effettività, espressamente contemplati dalla disposizione.

Anzitutto, giova specificare in cosa si sostanzino tali rimedi.

Con il termine “risoluzione” di cui al comma 15-*bis*, può ritenersi che il nostro legislatore abbia inteso intendere il diritto potestativo di ottenere lo scioglimento di un rapporto contrattuale validamente ed efficacemente instaurato: un diritto *ex lege* che nel nostro codice civile viene in considerazione ora come risoluzione in senso stretto e proprio (artt. 1453 ss. e artt. 1467 ss.), ora come recesso (ad esempio, nell’art. 1464 c.c. e nelle disposizioni codicistiche che accordano alla parte di un rapporto contrattuale il diritto di recedere dal contratto, *ad nutum* o per giusta causa), mentre nel codice del consumo⁴⁰¹ e in altri atti normativi recanti discipline “consumeristiche” viene sempre designato con il termine “risoluzione”, al fine di evitare confusione con il diritto di recesso, ivi inteso in senso restrittivo come diritto “di pentimento”⁴⁰².

Considerato che nel codice del consumo⁴⁰³ tendenzialmente questo diritto di risolvere il contratto si configura sempre come diritto suscettibile di essere esercitato tanto mediante la proposizione di una domanda giudiziale quanto con un atto negoziale stragiudiziale immediatamente produttivo di effetti risolutori, può ritenersi operante il medesimo regime per la “risoluzione” menzionata nel comma 15-*bis* dell’art. 27 cod.cons., la quale pertanto può essere intesa come rimedio ad esercizio non necessariamente giudiziale, e dunque quale risoluzione unilaterale stragiudiziale⁴⁰⁴.

Circa gli effetti giuridici del compimento del relativo atto - o della sentenza di accoglimento della relativa domanda giudiziale - in mancanza di diverse indicazioni nel testo legislativo sembra potersi sostenere che in presenza di contratti ad esecuzione

⁴⁰¹ Artt. 61, 135- *quater*, 135- *noviesdecies* c.cons.: a tali precetti deve essere aggiunto il comma 2 dell’art. 76, in materia di «contratti relativi a prodotti per le vacanze a lungo termine», dal momento che in quest’ultima disposizione si discorre in modo generico e atecnico di un diritto del consumatore di «porre fine» al contratto, in tal modo facendo però riferimento ad un vero e proprio diritto di risolvere il rapporto contrattuale con atto negoziale stragiudiziale.

⁴⁰² Questo spiegherebbe perchè il legislatore, anche in sede di stesura del comma 15-*bis* (come già in sede di stesura degli artt. 61, 135- *quater* e 135-*noviesdecies* c.cons.), abbia preferito utilizzare il termine «risoluzione» evitando di impiegare il termine «recesso»: non tanto la volontà di assoggettare integralmente il rimedio alla disciplina generale della risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 ss. c.c., quanto piuttosto l’intento di scongiurare il rischio che al rimedio potessero considerarsi applicabili le regole che concorrono a comporre il regime normativo speciale del “diritto di pentimento” (designato nel codice del consumo, nel c.tur. e nel t.u.b. con l’espressione «diritto di recesso»).

⁴⁰³ Anche con disposizioni formulate in modo esplicito in tal senso, come ad esempio l’art. 135- *quater*, comma 2, e art. 135- *noviesdecies*, comma 1, cod. consumo.

⁴⁰⁴ Nel medesimo senso S. PAGLIANTINI, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *Jus Civile*, 2022, 2, p. 309.

istantanea, il contratto possa considerarsi risolto *ex tunc*, con la conseguenza che il consumatore sarà obbligato a restituire la prestazione ricevuta e avrà diritto al rimborso integrale delle somme versate a titolo di corrispettivo nonché dei pagamenti e delle spese fatti per il contratto, mentre in presenza di contratti di durata, il contratto potrà essere considerato risolto *ex nunc*, con esclusione dell'obbligo di restituire le prestazioni già eseguite o di rimborsare le spese sostenute dal consumatore per la conclusione del contratto⁴⁰⁵.

Nel caso di contratti traslativi, permane un dubbio e segnatamente se il consumatore debba ritenersi gravato dall'obbligazione di versare al professionista una somma di denaro di importo pari al valore di mercato della cosa ricevuta laddove, nel momento di esercizio del rimedio risolutorio, sia materialmente o giuridicamente impossibile la restituzione della cosa originariamente consegnata al consumatore in esecuzione del contratto. Del pari dubbio è se il consumatore possa considerarsi gravato dall'obbligo di versare una somma di denaro di importo corrispondente al minor valore della cosa nelle ipotesi in cui quest'ultima, nel momento in cui viene esperito il rimedio risolutorio, si presti ad essere restituita ma si trovi in una condizione materiale diversa e deteriore rispetto a quella in cui si trovava nel momento in cui il consumatore ne era entrato in possesso. Ritenere siffatte obbligazioni escluse *tout court*, in omaggio alla esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risolutorio al consumatore, potrebbe invero rischiare di rendere il regime normativo di siffatto rimedio non pienamente conforme al parametro della "proporzionalità"⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Nel medesimo senso, cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1. N. 5, dir. 2019/2161/UE*, in *Europa diritto privato*, 2021, 671.

⁴⁰⁶ L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi, cit.*, p. 669 s. esclude la sussistenza di una obbligazione siffatta in applicazione del comma 3° dell'art. 2037 c.c.

Invero, potrebbe riconoscersi che il consumatore sia esonerato dall'obbligo di corrispondere il valore della cosa perita o una indennità per la diminuzione di valore della cosa deteriorata (e sia responsabile nei confronti del professionista soltanto «nei limiti del suo arricchimento») esclusivamente nelle ipotesi in cui la restituzione in natura sia resa impossibile (per intervenuto perimento o deterioramento della cosa consegnata al consumatore) da un fatto verificatosi prima che il consumatore abbia acquisito la consapevolezza di essere legittimato ex art. 27, comma 15-bis, cod.cons. a risolvere il contratto stipulato con la controparte professionale. Sono queste, infatti, le uniche ipotesi nelle quali il consumatore potrebbe considerarsi in buona fede non soltanto nel momento in cui ha ricevuto la cosa in consegna ma anche nel momento in cui ha tenuto la condotta che ha causato il perimento o il deterioramento della cosa. Naturalmente, deve ritenersi incombere sul professionista, che pretenda la corresponsione della somma di denaro di importo pari al valore della cosa perita o al minor valore della cosa deteriorata,

Quanto alla riduzione del prezzo, nel codice civile essa viene contemplata come diritto potestativo, ad esercizio necessariamente giudiziale⁴⁰⁷, sia secondo la disciplina generale del contratto, che riconnette l'insorgenza di tale diritto alla sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione per causa non imputabile al contraente debitore (art. 1464 c.c.), sia (soprattutto) per la disciplina dei singoli tipi contrattuali, che accordano il rimedio della riduzione del prezzo alla parte di un rapporto contrattuale a fronte di un inadempimento del quale la controparte si sia resa responsabile, ovvero a fronte della manifestazione di un vizio giuridico o materiale nel bene venduto al compratore, costruito dall'appaltatore/prestatore d'opera, concesso in godimento al conduttore⁴⁰⁸.

Invece, nel codice del consumo, la riduzione del prezzo viene contemplata come rimedio esperibile dal consumatore che scopra un difetto di conformità nella cosa mobile, nel contenuto digitale o nel servizio digitale fornito dal professionista in esecuzione del contratto⁴⁰⁹, senza specificazione alcuna rispetto alla possibilità o meno di esperire tale rimedio anche in forma stragiudiziale⁴¹⁰.

In merito alle modalità di esperimento del rimedio è possibile disquire in due modi differenti.

In coerenza con quanto osservato in merito alla risoluzione del contratto, può riconoscersi la riduzione del prezzo disciplinata dal comma 15-bis dell'art. 27 cod.cons. quale rimedio ad esercizio non necessariamente giudiziale, che il consumatore può pertanto efficacemente esperire anche con una semplice dichiarazione stragiudiziale. Per tale via, l'effetto giuridico dell'atto di esercizio del

l'onere di provare – a fronte dell'*exceptio* sollevata dal consumatore ai sensi del comma 3° dell'art. 2037 c.c. – che il consumatore sapeva (o comunque non poteva ragionevolmente ignorare) di essere legittimato a risolvere il contratto nel momento in cui ha tenuto la condotta che ha provocato il perimento o il deterioramento.

⁴⁰⁷ Nella prospettiva della ammissibilità di un atto stragiudiziale di esercizio del diritto alla riduzione del prezzo si veda F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, 2015, p. 111 e ss.

⁴⁰⁸ Cfr. artt. 1480, 1489, 1492, 1537 e 1538 del codice civile in materia di compravendita; art. 1668 c.c. in materia di appalto; art. 1578 c.c. in materia di locazione.

⁴⁰⁹ Cfr. artt. 135-*quater* e art. 135-*octiesdecies*, comma 4 e 5, cod. consumo.

⁴¹⁰ Sul tema, F. OLIVIERO, *La nuova disciplina dei c.d. rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2022, p. 335 ss.

relativo diritto (o della sentenza che accoglie la relativa domanda giudiziale) consisterebbe nella modificazione della clausola del contratto relativa alla determinazione dell'importo del corrispettivo pecuniario pattuito dalle parti per il bene o il servizio, cui consegue la liberazione parziale del consumatore dall'obbligo di versare la somma rimanente ovvero, nell'ipotesi in cui il corrispettivo sia già stato versato, il diritto del consumatore al parziale rimborso della somma già corrisposta al professionista.

Appare tuttavia difficile immaginare che il professionista rimanga inerte di fronte ad una dichiarazione unilaterale del consumatore in tale senso, soprattutto per le difficoltà legate alla quantificazione della riduzione del prezzo. Pertanto, in omaggio alla necessità di garantire la piena "effettività" del rimedio, sembrerebbe più corretto immaginare che il rimedio della riduzione del prezzo venga riconosciuto e quantificato nel suo ammontare in sede giudiziale, ovvero che consegua ad un accordo stragiudiziale tra le parti, magari raggiunto in sede di ADR.

Ad ogni modo, il nodo centrale è stabilire quale possa essere il parametro in applicazione del quale la riduzione del *quantum* del corrispettivo pattuito debba essere operata: in queste ipotesi, infatti, a giustificare l'esperimento del rimedio non è una inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione eseguita in attuazione degli impegni assunti con il contratto, né tantomeno la parziale impossibilità (originaria o sopravvenuta) di tale prestazione, bensì la scorrettezza della pratica commerciale che ha preceduto, accompagnato o seguito la stipulazione del contratto.

Si potrebbe, in ipotesi, immaginare di ancorare l'entità della riduzione del prezzo al livello di gravità della scorrettezza che ha connotato la pratica commerciale, all'entità e alla rilevanza dei pregiudizi che ne siano derivati al consumatore, alla natura dolosa o gravemente colposa della condotta del professionista che l'abbia posta in essere: e ciò, muovendo dal presupposto che la riduzione del prezzo di cui al comma 15-*bis* lungi dall'avere la funzione di perseguire il riequilibrio del contenuto "economico" del contratto (a fronte della inesatta esecuzione o della parziale impossibilità di una delle prestazioni in esso dedotte), che le viene tipicamente assegnata dalle disposizioni del codice civile e del codice del consumo che la contemplano e regolamentano, quanto

piuttosto abbia una funzione completamente diversa, di tipo fondamentalmente sanzionatorio.

Senonché, una interpretazione siffatta della funzione del rimedio renderebbe estremamente incerta la individuazione del parametro di applicazione, finendo in ultima analisi per affidarla ad una sorta di arbitrio “equitativo” del giudice (sostanzialmente incondizionato e sottratto a qualsiasi forma di controllabilità motivazionale), oltre a porsi diametralmente in contrasto con il considerando 16 della Direttiva omnibus, il quale assegna a tutti i rimedi (destinati ad essere) introdotti dai legislatori nazionali in attuazione dell’art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE la funzione (esclusiva) di eliminare le conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla pratica commerciale scorretta.

Va da sé che qualora, alla luce di tali difficoltà, si preferisse attribuire una funzione *lato sensu* riparatorio-ripristinatoria (seppure destinata ad essere espletata attraverso una correzione dei contenuti economici del contratto) anche alla riduzione del prezzo⁴¹¹, quest’ultima finirebbe per configurarsi come un rimedio in larga misura sovrapponibile al risarcimento del danno, che rimarrebbe pur sempre suscettibile di essere richiesto – a questo punto in alternativa, e non in cumulo con la riduzione del prezzo - dal consumatore pregiudicato da una pratica commerciale scorretta nei confronti della controparte contrattuale che vi abbia fatto ricorso.

4.1. (Segue) Ulteriori questioni e talune conclusioni in merito all’esperibilità dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo

⁴¹¹ L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi*, op. cit., p. 671, esclude il parametro della gravità ai fini della quantificazione della riduzione del prezzo, e ritiene applicabile il parametro di cui all’art. 135-*quater*, comma 1, cod. consumo, che tuttavia è concepito con specifico riferimento alla ipotesi in cui il bene mobile consegnato al consumatore manifesti un difetto di conformità al contratto.

In merito all'esperibilità dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, deve ritenersi pacifico che il consumatore possa validamente servirsene nei confronti del professionista con il quale abbia direttamente stipulato il contratto avente ad oggetto la alienazione o la fornitura del bene o la prestazione del servizio.

Quando invece la pratica commerciale scorretta sia stata posta in essere da un professionista diverso da quello con il quale abbia stipulato il contratto, il consumatore difficilmente potrà ritenersi legittimato ad esperire la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

Infatti, se in questi casi ne venisse ammessa l'esperibilità da parte del consumatore di siffatti rimedi, essi si rivelerebbero palesemente ed ingiustificatamente "sproporzionati" per il professionista che abbia instaurato il rapporto contrattuale con il consumatore, il quale si troverebbe a dover subire – in termini di caducazione del rapporto stesso o di correzione dei relativi contenuti economici – le conseguenze del comportamento di soggetti terzi che hanno agito al di fuori della sua sfera di controllo e in assenza di qualsivoglia rapporto o legame economico idoneo a legittimarli ad agire per suo conto.

In tali ipotesi, il consumatore può ritenersi legittimato soltanto ad esperire il rimedio risarcitorio fondato sul comma 15-bis dell'art. 27 cod. consumo.

Ovviamente il discorso muta qualora la controparte contrattuale del consumatore sia inserito nella struttura organizzativa del professionista che ha posto in essere la pratica sleale, ed abbia pertanto agito "per suo conto" e "nel suo interesse", in ragione e sulla base di un rapporto economico - anche solo occasionale - che lo abbia autorizzato/indotto/obbligato a porre in essere pratiche commerciali correlate e connesse con i contratti che quel professionista abbia proposto o concluso con i consumatori.

Ci si deve poi domandare se tali rimedi siano attivabili soltanto a fronte di pratiche commerciali scorrette poste in essere posteriormente o contestualmente alla

stipulazione del contratto ovvero anche per pratiche commerciali poste in essere anteriormente alla formazione dell'accordo⁴¹².

Nel primo senso militano ragioni di carattere sistematico. Tradizionalmente, infatti, i rimedi messi a disposizione della parte vittima di condotte precontrattuali non ammesse dall'ordinamento sono l'annullamento e la rescissione del contratto, oltre al risarcimento del danno, laddove invece la risoluzione del contratto (e la riduzione del prezzo) si configurano tipicamente come rimedi esperibili a fronte di fatti sopravvenuti nel corso dello svolgimento di un rapporto contrattuale (o quantomeno – come nel caso della garanzia per vizi nella vendita – a fronte di una condizione materiale preesistente allo scambio dei consensi ma venuta alla luce solo in un momento successivo).

Senonché, l'esigenza di assicurare la piena effettività di tutti i rimedi messi a disposizione dei consumatori pregiudicati da pratiche commerciali scorrette sembra imporre di ammettere che i rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo siano entrambi esperibili anche a fronte di pratiche commerciali scorrette poste in essere anteriormente allo scambio dei consensi costitutivi del rapporto contrattuale. Se così non fosse, infatti, i consumatori si vedrebbero privati della possibilità di tutelarsi attraverso l'esperimento di rimedi individuali di natura contrattuale proprio nelle ipotesi in cui vengono "lesi" dalle pratiche commerciali suscettibili di arrecare i pregiudizi più rilevanti ai loro interessi economico-patrimoniali, e cioè dalle pratiche commerciali (precontrattuali) che influenzano le "decisioni di natura commerciale" aventi ad oggetto l'*an* della instaurazione dei rapporti contrattuali e la determinazione dei contenuti dei relativi accordi, a fronte delle quali la loro protezione rimarrebbe affidata in via esclusiva al rimedio risarcitorio.

Ci si deve ancora chiedere se il consumatore sia vincolato o meno nella scelta di quale rimedio esercitare tra la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

In ossequio al principio della non scarsa importanza dell'inadempimento che giustifica la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1455 c.c., nonché alla luce della espressa formulazione del comma 15-bis che impone di "tenere conto" della gravità e della

⁴¹² Per una recentissima disamina sui rimedi di private enforcement e sulle questioni rilevanti del dibattito I. SPEZIALE, *Le pratiche commerciali scorrette nell'evoluzione della normativa e del mercato*, CEDAM, 2024.

natura della pratica e di eventuali “altre circostanze”, potrebbe ritenersi la risoluzione del contratto esperibile soltanto a fronte di pratiche commerciali che presentino un livello di gravità (per le caratteristiche intrinseche della condotta tenuta dal professionista e per la rilevanza delle conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate per il consumatore) tale da giustificare – in un’ottica di “proporzionalità” – la caducazione integrale del rapporto contrattuale, laddove per contro la riduzione del prezzo dovrebbe ritenersi sempre ed incondizionatamente esperibile da parte del consumatore.

Tale conclusione sembra suffragata dall’impianto generale della disciplina contenuta nel codice del consumo laddove, ad esempio, al consumatore cui sia stato fornito un contenuto digitale o un servizio digitale rivelatosi non conforme al contratto il rimedio della riduzione del prezzo compete sempre ed incondizionatamente (salvo il rispetto della priorità del ripristino della conformità al contratto mediante sostituzione o riparazione), mentre il rimedio della risoluzione del contratto compete soltanto se ed in quanto il difetto di conformità non sia di lieve entità⁴¹³. Altrettanto dicasi nell’ipotesi in cui sia stata consegnata al consumatore, in esecuzione di un contratto di vendita, una cosa mobile nella quale si sia manifestato un difetto di conformità⁴¹⁴.

Ad ogni modo, in ossequio al principio *quantum devolutum tantum iudicatum*, e dunque per la necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ai sensi dell’art. 112 c.p.c., deve escludersi che l’autorità giudiziaria possa sconfessare o sovvertire d’ufficio le scelte compiute dal consumatore negli atti introduttivi dei procedimenti giudiziari, disponendo ad esempio d’ufficio la risoluzione del contratto – in presenza di una pratica commerciale particolarmente grave - in un procedimento che il consumatore abbia promosso limitandosi a richiedere la riduzione del prezzo⁴¹⁵.

Quanto al regime della prescrizione, potrebbe ipotizzarsi che tali rimedi siano esperibili entro l’ordinario termine decennale, qualora la pratica commerciale scorretta

⁴¹³ Cfr. art. 135-*octiesdecies*, comma 6, cod. consumo.

⁴¹⁴ Cfr. art. 135-*bis*, comma 5, cod. consumo.

⁴¹⁵ M. MAUGERI, *Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?*, in *Jus Civile*, 2022, 2, p. 320, propone che venga lasciata al giudice la possibilità di caducare o meno il contratto a seguito della gravità della pratica commerciale.

che ne giustifichi l'esperimento sia stata posta in essere dopo la stipulazione del contratto, proprio dal professionista con il quale il consumatore abbia instaurato un rapporto contrattuale; ed invece che essi siano esperibili nel termine quinquennale cui soggiace il diritto al risarcimento tutte le volte in cui la pratica commerciale si sostanzia in un illecito extracontrattuale⁴¹⁶.

Infine, sembrerebbe doversi escludere che il professionista nei confronti del quale venga esperito il rimedio della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto possa paralizzarlo allegando e dimostrando che la propria condotta non è stata dolosa né colposa: nelle discipline inserite nel codice del consumo che li contemplano, infatti, l'esperibilità di entrambi questi rimedi "contrattuali" prescinde dalla colpevolezza del professionista.

Come anticipato, la necessità di tutelare il consumatore da pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione del diritto nazionale dei contratti e non impedisce il ricorso a rimedi "ulteriori" rispetto a quelli espressamente contemplati dal comma 15-bis dell'art. 27 cod. consumo. Pertanto, la presente indagine proseguirà sulla via degli «ulteriori rimedi» esperibili dai consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette.

5. Gli «ulteriori rimedi»: i rimedi tradizionalmente di diritto privato europeo

La nuova disposizione in materia di rimedi privatistici introdotta dal legislatore europeo, seppure approdata con ritardo rispetto all'emissione della prima direttiva in materia di pratiche sleali, ha il pregio di rendere maggiormente effettivo il generale divieto di porre in essere pratiche scorrette e appare coerente nell'ambito del diritto privato europeo ove il legislatore, da sempre, si è mostrato molto più attento alla

⁴¹⁶ In questo senso anche G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.), op. cit.

predisposizione di un efficace apparato rimediale piuttosto che alla costruzione della fattispecie⁴¹⁷.

Com'è noto, il rimedio è quello strumento, mutuato dall'esperienza di *common law*, posto a presidio del bisogno di tutela connesso alla violazione di un interesse riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, dall'ordinamento giuridico⁴¹⁸. L'attenzione del legislatore europeo per i rimedi risulta con tutta evidenza se si guarda a settori diversi da quello delle pratiche scorrette, laddove lo stesso legislatore ha da sempre meditato di predisporre efficaci apparati rimediali alle fattispecie di volta in volta regolate.

La possibilità per il consumatore leso da una pratica commerciale scorretta di fare ricorso anche a rimedi ulteriori rispetto a quelli espressamente elencati nell'art. 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo apre la strada ad un'indagine volta a verificare in presenza di quali presupposti il consumatore possa avvalersi di altri rimedi disciplinati nell'ordinamento.

D'altronde, nel Considerando 16 della direttiva omnibus si ravvisa una scelta ben precisa del legislatore europeo: lasciare la libertà agli Stati membri di adottare altri rimedi, come la "riparazione o la sostituzione" al dichiarato fine di assicurare "l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche".

Pertanto, nonostante la natura settoriale della quasi totalità degli interventi europei, non è impedito di verificare se taluni istituti, per gli elementi che presentano in comune con l'intera disciplina consumeristica, si prestino ad assumere una portata più ampia rispetto al loro originario ambito di applicazione.

Ciò che s'intende dimostrare, ed è bene chiarirlo subito, è che i rimedi di diritto privato europeo risultando predisposti, e pertanto efficaci, solo per alcuni ambiti contrattuali (si pensi, ad esempio, alla contrattazione a distanza) possono rivelarsi utili strumenti di contrasto alle pratiche sleali solo nel caso in cui vi sia "coincidenza" fra la disciplina delle pratiche scorrette e quella concernente le contrattazioni a distanza, la conclusione di contratti fuori dai locali commerciali, la vendita di beni di consumo, e così via.

⁴¹⁷ In questo senso A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2/2005, p. 341 ss.

⁴¹⁸ Così S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Giuffrè Editore, Milano, 2008, t. II, p. 739 s.

Conviene allora richiamare, senza nessuna pretesa di completezza, i principali strumenti di tutela forniti dal diritto privato europeo per verificare se ed in che modo essi possano trovare applicazione nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. La disciplina sulla vendita dei beni di consumo, in quanto prodotto della tecnica rimediale tanto utilizzata dal legislatore europeo, si presta a costituire il punto di partenza di questa indagine.

È possibile verificare se il consumatore, vittima di una pratica scorretta, possa efficacemente utilizzare i rimedi previsti dalla direttiva 1999/44/CE⁴¹⁹. Sebbene tale direttiva abbia ricompreso la riparazione e la sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita fra i «diritti del consumatore»⁴²⁰, essa non ha mancato di qualificare come «rimedi» tali strumenti di tutela⁴²¹.

L'art. 129 cod. consumo, il quale recepisce l'art. 2 della direttiva 99/44/CE, impone al venditore di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita⁴²². Viene in questo modo introdotto un nuovo parametro di valutazione della fase esecutiva del regolamento contrattuale ossia il criterio della conformità al contratto, che diviene il presupposto di un'inedita forma di garanzia in forma specifica, la c.d. garanzia di conformità⁴²³.

La garanzia di conformità si sostanzia nel riconoscimento al consumatore della facoltà di domandare al venditore, in via stragiudiziale, la riparazione o la sostituzione del bene non conforme al contratto, ovviamente senza spese. L'acquirente ha diritto di chiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto solo nel caso in cui la

⁴¹⁹ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

⁴²⁰ Art. 3 dir. 99/44/CE.

⁴²¹ Art. 3, par. 3, e *considerando* n. 11 dir. 99/44/CE.

⁴²² Sul punto si veda, ad es., L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa dir. priv.*, 3/2015, p. 583 ss., ove l'A. parla di "strano obbligo" del venditore di consegnare un bene conforme al consumatore in quanto è stato molto dibattuto, in seguito alla direttiva 99/44 e ancor di più in seguito al suo recepimento, in merito alla possibilità di predicare la doverosità di uno stato di cose (per l'appunto la conformità del bene al contratto), pervenendo, sul punto, alla conclusione secondo cui il venditore risponderebbe della difformità in quanto garante e non in quanto inadempiente. Sullo stesso tema ancora L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 184 ss.

⁴²³ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., cit. p. 259. Sulla nozione di conformità al contratto si veda, ad es., R. DIAFERIO, D. RESTUCCIA, *La garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 85 ss.

riparazione o la sostituzione si rivelino impossibili, eccessivamente onerose (secondo una ponderazione tra costi per il venditore ed entità del difetto) o non attuabili in tempi brevi e senza inconvenienti per il consumatore.

I rimedi sopra esposti potrebbero apparire adeguati nelle ipotesi di pratiche ingannevoli, ove il professionista fornisca informazioni fuorvianti in merito alle caratteristiche o alla natura del prodotto. Tuttavia, ad un esame attento della disciplina sulle pratiche scorrette, emerge come a tali strumenti di tutela possa essere riconosciuto un ambito di applicazione molto ristretto, quasi marginale.

Nel caso in cui la pratica commerciale posta in essere dal professionista consista, ad esempio, nel trarre in errore il consumatore in merito alle caratteristiche principali del prodotto, al prezzo dello stesso o all'idoneità allo scopo del bene compravenduto, e questo non presenti vizi materiali, la riparazione risulterà essere rimedio pressoché inutile. In queste ipotesi, più adeguata si rivela la tutela accordata dalla sostituzione del bene che permette al consumatore di ottenere un prodotto conforme a quanto il venditore aveva inizialmente promesso o pubblicizzato⁴²⁴.

Tuttavia anche il rimedio della sostituzione non è suscettibile di applicazione generalizzata: si pensi, ad esempio, all'ipotesi di pratica commerciale ritenuta in ogni caso scorretta, di cui all'art. 23 lett. g) cod. consumo, che vieta al professionista di «dichiarare, 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». In questo caso il consumatore si determina all'acquisto perché fuorviato dalla presentazione dell'offerta come irripetibile, e non perché ingannato in merito a presunte qualità del bene compravenduto. Ne deriva che il rimedio della sostituzione, che comporta l'obbligo per il venditore di consegnare un bene conforme al contratto, non trova qui ragion d'essere poiché il prodotto acquistato, seppur in forza di un inganno, ben potrebbe risultare quello voluto dal consumatore. Analoghe

⁴²⁴ M. DUROVIC, *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, op. cit.

considerazioni possono essere fatte per ipotesi simili⁴²⁵, confermando l'idea che i rimedi della sostituzione e della riparazione non siano destinati a trovare applicazione generalizzata nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette.

Nel caso in cui nessuna delle due opzioni sopra descritte risulti efficace, al consumatore non resta che domandare la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. In quest'ultimo caso, il consumatore potrebbe riuscire ad eliminare le conseguenze negative della pratica scorretta, ma vedrà sicuramente frustrate le sue esigenze di consumo. Non a caso la *ratio* della scansione gerarchica dei rimedi, nell'ambito della vendita dei beni di consumo, risiede nella predisposizione di un sistema di tutela che privilegi l'interesse del compratore al conseguimento della proprietà e del possesso di un bene dotato delle caratteristiche e delle qualità legittimamente attese⁴²⁶. L'obiettivo della disciplina risulta essere, alla luce di tali considerazioni, la manutenzione del contratto, tramite l'imposizione al venditore di un obbligo di riparare o sostituire il bene difforme⁴²⁷. Pertanto, ritenere la risoluzione del contratto rimedio efficace contro talune pratiche commerciali scorrette, non equivale a ritenere generalmente applicabili i rimedi predisposti nell'ambito della vendita di beni di consumo a tale fattispecie.

Sulla base di queste conclusioni, si rende necessario proseguire nella ricerca di altri strumenti di tutela di diritto privato europeo che possano rivelarsi adeguati a contrastare le pratiche sleali.

⁴²⁵ Si pensi, ad es., all'ipotesi di cui all'art. 23, lett. bb), cod. consumo, che impone di considerare come in ogni caso ingannevole la pratica commerciale che consiste nel «lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto». Anche in questo caso i rimedi della riparazione e della sostituzione si rivelano di scarsa efficacia per eliminare gli effetti della pratica vietata.

⁴²⁶ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., cit. p. 339.

⁴²⁷ In questo senso anche S. CHERTI, *La vendita dei beni di consumo e la nozione di riparazione*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 697, ove l'A. afferma che la riparazione del bene difforme è considerato il rimedio ottimale.

5.1 (*Segue*) Il recesso di pentimento

L'attenzione si sposta sul recesso di pentimento, strumento di tutela predisposto dal legislatore europeo per ovviare alla velocità degli scambi, che consente al consumatore, raggiunto dalla consapevolezza di aver concluso un contratto sgradito, di provocarne lo scioglimento⁴²⁸.

Tale forma di recesso si discosta dal recesso unilaterale di cui all'art. 1373 cod. civile perché è di fonte legale ed è esercitabile anche in presenza di un inizio di esecuzione del contratto⁴²⁹, è inoltre esercitabile *ad nutum*, cioè senza obbligo di motivazione, ed è esperibile senza costi per il consumatore, salvo il rimborso delle spese sostenute dalla controparte.

Istituto storico della disciplina relativa ai contratti «a distanza» e ai contratti «conclusi fuori dai locali commerciali», sembrerebbe oggi trovare applicazione generalizzata a tutti i contratti conclusi tra professionisti e consumatori in forza delle modifiche apportate al codice del consumo dalla direttiva 2011/83/UE⁴³⁰.

Il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21, emanato in attuazione della direttiva 11/83 sui «diritti dei consumatori», ha novellato il codice del consumo, ed in particolare la Parte III del codice, dedicata al «Rapporto di consumo», e più specificatamente il Titolo III della stessa, rubricato «Modalità contrattuali».

Il novellato art. 46 cod. consumo, al primo comma, dichiara espressamente che le disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I (riguardante «Particolari modalità di conclusione del contratto») si applicano a qualsiasi contratto concluso tra un professionista ed un consumatore. Tra queste disposizioni è compreso l'art. 52 cod. consumo che disciplina proprio il recesso di pentimento.

⁴²⁸ Sul punto F. GRECO, *Il diritto di recesso del consumatore*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 53 ss.

⁴²⁹ Il recesso unilaterale, di cui all'art. 1373 cod. civile, al contrario è invocabile finché il contratto non abbia avuto inizio di esecuzione, a meno che non si tratti di contratti ad esecuzione periodica o continuata.

⁴³⁰ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Nonostante la previsione dell'art. 46 cod. consumo, è legittimo dubitare che l'ambito di applicazione delle disposizioni da esso richiamate sia di ampiezza tale da ricomprendere qualsiasi contratto tra professionista e consumatore⁴³¹.

Il che deve dirsi, anzitutto, con riferimento alle norme sul recesso di pentimento.

La disciplina che di questo "rimedio" viene fornita nel codice del consumo non solo richiama costantemente i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dai locali commerciali (si vedano, ad es., gli artt. 52 e 55 cod. consumo), ma soprattutto appare dettata in relazione a queste particolari modalità di conclusione del contratto⁴³². Ne consegue che estendere il diritto di recesso alle tipologie contrattuali per le quali non è espressamente previsto, come ad esempio i contratti conclusi nei locali commerciali, o comunque *inter praesentes*, non risulta essere operazione consentita⁴³³.

D'altronde il diritto di recesso non è previsto per tutti i contratti e riguarda le tipologie contrattuali per le quali emerge la necessità di tutelare maggiormente il consumatore: quando c'è l'effetto sorpresa (contratti negoziati fuori dai locali commerciali), quando l'oggetto del contratto è particolarmente importante (multiproprietà), quando la tecnica utilizzata per concludere il contratto potrebbe svantaggiare il consumatore (contratti a distanza). Inoltre, anche all'interno delle singole fattispecie, il legislatore sancisce delle esclusioni all'applicazione della disciplina sul recesso.

⁴³¹ Così G. D'AMICO, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.Lgs. 21/2014*, a cura di G. D'AMICO, Cedam, 2015, cit. p. 5. L'A. rileva come l'equivoco risulti essere determinato dalla incompleta riproduzione, nell'art. 46 cod. consumo, del contenuto dell'art. 3 dir. 11/83, che prevede che «La presente direttiva si applica, alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni, a qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore». Omettendo l'inciso delimitativo «alle condizioni e nella misura ecc.» il legislatore italiano ha cambiato il senso della disposizione.

⁴³² Questa conclusione mi sembra coerente con quanto sostenuto da S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., cit. p. 243, che giunge a definire il recesso di pentimento "strumento di autotutela", piuttosto che rimedio, predisposto dal legislatore europeo per offrire al consumatore un breve lasso di tempo successivo alla conclusione del contratto per valutare la convenienza dell'affare, nell'ambito di un contesto negoziale (come quello della contrattazione a distanza o caratterizzata dall'effetto sorpresa) che non permette di ponderare a sufficienza le scelte contrattuali.

⁴³³ V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giuridico*, 2014, p. 745 ss., ove l'A. afferma che «una più meditata lettura del testo normativo» conferma che «il diritto di recesso, coerentemente alla sua ratio ispiratrice, ha motivo di trovare applicazione solo per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e per i contratti a distanza».

Pertanto il recesso di pentimento può rappresentare uno strumento di tutela efficace e veloce per reagire alle conseguenze dannose di una pratica commerciale scorretta, ma solo nell'ambito dei contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali⁴³⁴.

Rispetto alla risoluzione di cui all'odierno comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo, pertanto, il recesso di pentimento sembrerebbe atteggiarsi a rimedio tipico, ancillare, rispetto a talune operazioni economiche, laddove invece la risoluzione assurgerebbe a rimedio generale, comune a tutti i contratti conclusi tra professionisti e consumatori⁴³⁵. Poiché numerose sono le ipotesi che vengono lasciate fuori dal campo di applicazione di tale istituto, si pensi, ad esempio, al contratto concluso dal consumatore perché convinto di non poter lasciare i locali commerciali del professionista fino alla conclusione del contratto stesso, appare necessario ricercare ulteriori rimedi volti a soddisfare l'esigenza di tutela del consumatore.

Le regole in materia di forniture e servizi non richiesti (artt. 66-*quinquies* e 67-*quiniquedecies* cod. consumo) rappresentano un altro punto di contatto tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e i rimedi predisposti dal legislatore europeo.

L'art. 27 dir. 11/83, confluito nell'art. 66-*quinquies* cod. consumo, prevede espressamente che «l'assenza di risposta» da parte del consumatore che abbia ricevuto la fornitura o il servizio non richiesti «non costituisce consenso»; in tali casi il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva a fronte della «fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi» ed il comportamento del professionista è sanzionato come pratica commerciale scorretta.

Anche in questo caso la possibilità di reazione, riconosciuta al consumatore, non è certamente suscettibile di applicazione generalizzata, risultando efficace solo

⁴³⁴ Considera il diritto di recesso del consumatore un'eccezione e non la regola A. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, sottolineando che «riguardo all'idea che il recesso costituisca ormai una regola per il consumatore e non più solo un'eccezione al principio della forza di legge del contratto, è opportuno considerare innanzitutto che il diritto di ripensamento non è previsto per tutti i contratti».

⁴³⁵ Cfr., nel medesimo senso, S. PAGLIANTINI, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, op. cit., p. 310.

nell'ipotesi di pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva dall'art. 26 lett. f)⁴³⁶.

In conclusione, l'utilizzo di tali rimedi può risultare utile all'obiettivo di protezione del consumatore vittima della condotta sleale, ma ciò dipende strettamente dalle modalità di realizzazione della scorrettezza e dagli effetti della stessa sulla volontà del destinatario, dalla fattispecie violata, dal settore di riferimento e dalla modalità di conclusione del contratto.

Il dibattito intorno ai rimedi non può di certo ritenersi qui esaurito; si è cercato di chiarire come gli strumenti di tutela che il diritto privato europeo fornisce ai consumatori, seppur efficaci in talune ipotesi, non si rivelino risolutivi nella totalità delle situazioni prospettabili.

Per le ipotesi lasciate fuori dal campo di applicazione dei rimedi di matrice comunitaria potrebbe allora prospettarsi l'alternativa della protezione invalidante.

6. I rimedi invalidanti: una necessaria premessa

Come si è già cercato di sottolineare più volte, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette fa salva l'azione individuale del singolo consumatore leso dalla condotta sleale del professionista.

Tuttavia la riflessione in ordine ai rimedi individuali esperibili contro le pratiche scorrette è stata affrontata quasi esclusivamente a livello dottrinale, dando vita alle ricostruzioni teoriche più varie. Sono piuttosto rare le pronunce giurisprudenziali in merito, ma forse questo non deve stupire a fronte del valore normalmente esiguo delle controversie che possono nascere da una pratica scorretta che, insieme ai tempi

⁴³⁶ In forza dell'art. 26, lett. f), cod. consumo, è considerata in ogni caso aggressiva la pratica commerciale che consiste 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, salvo quanto previsto dall'articolo 66-sexies, comma 2».

piuttosto lunghi della giustizia civile, non incentiva il consumatore a richiedere tutela giudiziaria⁴³⁷.

Il dibattito dottrinale in merito alla validità del contratto concluso a valle di una pratica commerciale scorretta vede, in sintesi, contrapposte due correnti di pensiero: da una parte, quella che ritiene che la conseguenza sia la nullità del contratto, ed in particolare la nullità c.d. di protezione, e dall'altra, quella che considera il contratto concluso in forza di una pratica sleale, in linea di principio, annullabile⁴³⁸.

In ogni caso, ed è questa la necessaria premessa, la materia non si presta a generalizzazioni.

Questo vale tanto nelle ricostruzioni dell'invalidità del contratto in termini di sua annullabilità per vizi del consenso quanto in termini di nullità.

Questa precisazione muove dalla constatazione che la scorrettezza può manifestarsi in tanti modi differenti, che non sempre presuppongono che la pratica abbia determinato la stipula di un contratto. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi contemplate dall'art. 26, lett. a), b) e c) cod. consumo, ove l'aggressività della pratica consiste nel creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali sino alla conclusione del contratto, nell'effettuare visite indesiderate presso l'abitazione del consumatore o ancora nell'effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza. In questi casi, così come in altri⁴³⁹, il comportamento del professionista, in quanto vietato di per sé, giustifica una reazione del consumatore a prescindere dal fatto che ci sia stata o meno la stipula di un contratto.

⁴³⁷ Così L. GILBERTI, *Il danno da pratica commerciale scorretta*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. CENDON e C. PONCIBÒ, Giuffrè Editore, 2014, cit. p. 387.

⁴³⁸ A favore del rimedio della nullità si veda, ad es., L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa*, 1/2007, p. 39 ss. Ed anche F. DI MARZIO, *Codice del Consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. priv.*, 2005, p. 837. Propende per il rimedio dell'annullabilità, ad es., M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 235 ss.

⁴³⁹ Si pensi, ad es., all'ipotesi contemplata dall'art. 26, lett. e), cod. consumo che considera in ogni caso aggressiva la pratica commerciale consistente nell'«includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati».

D'altronde, la circostanza che una pratica commerciale venga qualificata come azione od omissione ingannevole tanto nel caso in cui abbia indotto, quanto nel caso in cui sia idonea ad indurre in errore il consumatore, conferma come non sia necessario, al fine della repressione dell'illecito, che l'inganno conduca alla conclusione del contratto. Analoghe considerazioni possono essere svolte per le pratiche aggressive, dato che l'art. 24 cod. consumo ritiene sufficiente l'idoneità della pratica a limitare la libertà di scelta, o di comportamento, del consumatore, e non richiede che l'abbia effettivamente limitata.

Da qui la necessità di chiarire subito come di nullità o di annullabilità possa discutersi solo nei casi in cui la scorrettezza della pratica commerciale abbia avuto come effetto la conclusione di un contratto⁴⁴⁰.

Ancora una precisazione: la condotta del professionista, che approfitta della limitata razionalità altrui, o che la limita ingannando o aggredendo, può indurre tanto a concludere un contratto che, altrimenti, non sarebbe mai stato concluso, quanto a concluderne uno effettivamente voluto dal consumatore, ma a condizioni o in tempi diversi rispetto a quelli che si sarebbero pattuiti in assenza della pratica scorretta.

Questo vuol dire che il consumatore può avere interesse ora a rimuovere il vincolo negoziale, ora a recuperare l'utilità del regolamento contrattuale; e dunque la ricerca del rimedio più adeguato al caso concreto non può che condurre a soluzioni differenti a seconda delle esigenze del consumatore stesso⁴⁴¹.

Partendo dall'ipotesi in cui la pratica commerciale scorretta abbia inciso sull'*an* della contrattazione, può ragionevolmente presumersi che, al fine di porre rimedio al pregiudizio, l'interesse del consumatore sia quello di rimuovere il vincolo negoziale. Occorre tuttavia domandarsi quale sia, nel contemperamento degli interessi in gioco, il rimedio concretamente utilizzabile dal consumatore per ottenere efficacemente il risultato sperato.

⁴⁴⁰ In questo senso U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 275.

⁴⁴¹ Così A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Collana: Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, cit. p. 59.

Avendo già delimitato l'ambito di operatività degli istituti di diritto privato europeo, non resta che verificare se, nelle ipotesi che residuano, i classici rimedi invalidanti previsti dal codice civile risultino realmente adeguati a soddisfare gli interessi lesi del consumatore.

Inoltre, con riferimento ai rimedi invalidanti, l'indagine non può che prendere le mosse da una nota sentenza della Corte di Giustizia in cui si è precisato che l'accertamento di una pratica commerciale non comporta automaticamente l'invalidità del contratto stipulato dal consumatore con il professionista⁴⁴². Essendo, pertanto, bandito ogni automatismo, è necessario considerare di volta in volta l'effetto che la pratica commerciale ha determinato sulla singola operazione negoziale⁴⁴³.

7. La nullità

Secondo la teoria classica, la nullità è la forma più grave d'invalidità negoziale⁴⁴⁴. Essa rappresenta l'esito di un giudizio di disvalore, compiuto dall'ordinamento, per il contratto che presenta un difetto originario, e cioè la mancanza o il vizio di un elemento costitutivo che il legislatore ritiene necessario perché il contratto sia idoneo a produrre conseguenze giuridiche, oltre all'ulteriore ipotesi di contrarietà alle norme imperative o proibitive della legge.

L'art. 1418 cod. civile prevede tre tipologie di nullità: la nullità virtuale, che consegue alla violazione di una norma imperativa (art. 1418, co. 1); la nullità strutturale, a fronte della mancanza, impossibilità originaria o illiceità di uno degli elementi costitutivi del

⁴⁴² Il riferimento è a Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, in causa C-453/10, *Pereničová*, in cui si può leggere che « sufficiente rilevare che la direttiva 2005/29 non pregiudica l'applicazione, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 2, del diritto contrattuale, né, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti. Di conseguenza, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13»

⁴⁴³ Cfr. F. GIRINELLI, *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediare del public and private enforcement*, in *Jus civile.it*, 2016.

⁴⁴⁴ Così M. BIANCA, *Diritto civile – il contratto*, vol. 3, II edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2000, cit. p. 612. Sulla nozione di nullità si veda, ad es., M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, IV. p. 1 ss.

contratto (art. 1418, co. 2); la nullità testuale, che opera in presenza di una norma che preveda espressamente la nullità come conseguenza giuridica per la sua violazione (art. 1418, co. 3).

I primi commentatori della direttiva 05/29 in materia di pratiche scorrette, all'indomani della sua emanazione, si sono trovati di fronte a diversi nodi interpretativi da sciogliere.

In tema di invalidità del contratto a valle di una pratica sleale, importanza preminente assume la questione relativa al se, ed eventualmente in che limiti, la violazione del generale imperativo per cui «le pratiche commerciali scorrette sono vietate» (art. 20, co. 1, cod. consumo) comporti, in assenza di espressa previsione legislativa, la nullità (ex art. 1418, co. 1 cod. civile) del contratto scaturito in forza di una pratica scorretta⁴⁴⁵. Le prime considerazioni sul tema avevano condotto la dottrina a proporre la soluzione della nullità di protezione come conseguenza della violazione di norme di comportamento vietanti le pratiche sleali.

Per sostenere la tesi della nullità, almeno in riferimento alle pratiche aggressive, parte della dottrina ha fatto riferimento all'art. 16, co. 4, d.lgs. n. 190, del 2005, relativo alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, ove il legislatore ha previsto proprio il rimedio della nullità (relativa) nel caso di violazione di obblighi di informativa contrattuale idonea ad alterare in maniera significativa la rappresentazione del prodotto finanziario⁴⁴⁶.

Altra parte della dottrina, a cui va riconosciuto il merito di essersi occupata del tema all'indomani dell'emanazione della direttiva sulle pratiche scorrette, in prima battuta ha proposto di considerare nulli i contratti tra professionisti e consumatori conclusi in violazione della disciplina contenuta nella direttiva⁴⁴⁷. Si è sostenuto che le pratiche sleali inducendo, o comunque essendo idonee ad indurre, il consumatore a prendere

⁴⁴⁵ Il problema è così impostato da C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit.

⁴⁴⁶ Così L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa*, op. cit., ove l'A. arriva alla conclusione per cui «la soluzione potrebbe essere quella della nullità di protezione per le ipotesi in cui vi sia la conclusione di un negozio».

⁴⁴⁷ In questo senso, almeno in un primo momento della Sua riflessione, A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, op. cit.

una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso, lo conducano verso la conclusione di un contratto irrazionale. Poiché sarebbe in discussione l'*iter* formativo della volontà negoziale, le conseguenze dannose della pratica scorretta dovrebbero identificarsi con l'invalidità dell'atto in termini di nullità di protezione.

Sezna considerare che il divieto di pratiche commerciali sleali è stato altresì assimilato ad un principio di ordine pubblico, da cui inferire l'illiceità, totale o parziale, del contratto a valle⁴⁴⁸.

Tuttavia la dottrina maggioritaria ha generalmente negato la configurabilità di una nullità virtuale ex art. 1418 cod. civile per la fattispecie in esame (contratto a valle della pratica scorretta), ora in virtù della rigida separazione tra regole di validità e regole di comportamento, ora in base ad una lettura unitaria della disposizione codicistica che porta a ridimensionare il novero delle norme imperative idonee a generare la nullità virtuale.

Secondo parte della dottrina⁴⁴⁹, una lettura unitaria dell'art. 1418 cod. civile impone di ritenere il contratto nullo solo nel caso in cui la violazione di una norma imperativa ne penetri il contenuto, risolvendosi nella mancanza di uno dei requisiti strutturali necessari. Questa dottrina, sulla base di una nota pronuncia della Corte di Cassazione del 2005⁴⁵⁰, finiva per escludere la possibilità di considerare nullo il contratto concluso in forza di una pratica scorretta, rilevando come la violazione del relativo divieto in nessun caso si sarebbe potuto riversare nel contenuto del contratto attraverso uno dei suoi elementi costitutivi.

⁴⁴⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales*, in AUBERT DE VINCELLES, SAUPHANOR-BROUILLAND, *Les 20 ans du Code de la consommation*, Lextenso, 2013, 18 ss.

⁴⁴⁹ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, op. cit.

⁴⁵⁰ Il riferimento è a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp.*, 2006, con nota di ROPPO e AFFERNI; in *Giur. It.*, 2006, con nota di SICCHIERO). La Suprema Corte afferma espressamente che: «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, comma 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».

In seguito, la discussione sul punto si è focalizzata sulla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità: l'opinione maggioritaria in dottrina ritiene che la nullità del contratto possa derivare esclusivamente dalla violazione di regole attinenti alla sostanza e agli elementi costitutivi del contratto stesso, non invece dalla violazione di regole che prescrivono doveri di correttezza o modelli di comportamento. In quest'ultimo caso, potrà farsi luogo unicamente al risarcimento del danno⁴⁵¹.

Il divieto di pratiche commerciali scorrette, considerato *ex se*, è generalmente ritenuto espressivo di una regola di condotta⁴⁵². Di fatto ad essere vietati sono quei comportamenti che il professionista adotta per indurre il consumatore a compiere una scelta negoziale che non avrebbe altrimenti fatto, o che avrebbe fatto a condizioni diverse, e non il contratto eventualmente concluso, che ben potrebbe presentarsi privo di difetti strutturali.

Pertanto, ad impedire l'affermazione della nullità del contratto stipulato in forza di una pratica scorretta, basterebbe il rilievo per cui l'art. 1418, co. 1, cod. civile, consente di rilevare la nullità virtuale di un contratto che sia esso, e non già la condotta che ha portato alla sua stipulazione, contrario a norme imperative⁴⁵³.

Le sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725⁴⁵⁴, confermando la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di condotta, sembrano chiudere la questione della nullità virtuale, escludendone il carattere di rimedio generale utilizzabile nel caso di violazione di

⁴⁵¹ Sul punto, ad es., G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, ID. *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 37 ss., U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 252 ss., A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003.

⁴⁵² Sul punto C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁴⁵³ In tal senso C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit. cit. p. 779.

⁴⁵⁴ Cass., s.u., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, in *I Contratti*, 2008, p. 221 ss, con nota di SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della Mifid*. Si tratta nello specifico di una pronuncia resa in materia di intermediazione finanziaria, ove si è ribadito che la violazione dei doveri informativi degli intermediari, sebbene previsti da norme imperative, non è idonea ad invalidare un contratto di intermediazione, poiché è da escludere che «mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso».

norme di comportamento, di cui la disciplina sulle pratiche scorrette risulta essere espressione⁴⁵⁵.

Se pare dunque corretto concludere che il contratto stipulato in forza di una pratica scorretta non sia per ciò solo nullo, non è tuttavia da escludere che esso possa esserlo per altre autonome ragioni⁴⁵⁶. Sul punto si rimanda al paragrafo successivo.

7.1 (Segue) La nullità di protezione

Si rende necessaria qualche precisazione sul tema della nullità di protezione⁴⁵⁷, per verificarne l'effettivo ambito di applicazione all'interno della disciplina sulle pratiche scorrette.

Com'è noto, tale rimedio è stato predisposto dal legislatore europeo per reagire all'introduzione delle clausole abusive all'interno dei contratti del consumatore⁴⁵⁸.

La nullità di protezione, menzionata espressamente solo nella rubrica dell'art. 36 cod. consumo, è una forma particolare di nullità che si differenzia dal modello codicistico per operare ad esclusivo vantaggio del consumatore, nel cui interesse può essere

⁴⁵⁵ N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., cit. p. 177.

⁴⁵⁶ In tal senso C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit.

⁴⁵⁷ Sulla nullità di protezione la letteratura è vasta. Si segnala sul punto A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 77 s., ove l'A. mette in luce come la nullità di protezione non sia una nullità speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»; viene inoltre sottolineato come la nullità di protezione non sia una categoria unitaria, «se non nella misura in cui è un genere comune, che accoglie però diverse specie e quindi diverse discipline», e che «in ciascuna specie di nullità di protezione, attese le caratteristiche del caso, la disciplina dipende dalla possibilità di realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse privato protetto». Sul tema si veda anche S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss. M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 s.; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, p. 151 ss.

⁴⁵⁸ Sul controllo amministrativo in materia di clausole abusive si veda E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1093 ss.

invocata anche d'ufficio⁴⁵⁹, e per essere parziale, cioè per colpire solo le clausole censurate, senza travolgere, per volontà di legge, l'intero contratto.

La dottrina, come già rilevato, non ha mancato di indicare questo rimedio come possibile strumento di reazione avverso le pratiche scorrette. Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente occorre però verificare se, ed in che modo, la disciplina sulla nullità di protezione possa interagire con quella dettata in tema di pratiche commerciali scorrette.

D'altronde ricorrere ad uno strumento sì invalidante, ma che al contempo permette di evitare l'integrale caducazione del vincolo obbligatorio ove si presenti in contrasto con l'interesse del consumatore a conservare le utilità connesse al rapporto, rimuovendo le pattuizioni inique, non può che presentare vantaggi. Questa possibilità però, come abbiamo avuto modo di sottolineare, risulta preclusa nel caso in cui la pratica scorretta abbia inciso sul se della contrattazione e la decisione di natura commerciale che il consumatore non avrebbe altrimenti preso consiste nello stipulare un contratto che non sarebbe mai stato concluso, se non in forza della pratica stessa.

La nullità ex art. 36 cod. consumo può senz'altro invocarsi quando la pratica scorretta abbia avuto come effetto l'introduzione nel contratto di una clausola da ritenersi vessatoria ai sensi dell'art. 33 cod. consumo; quando, cioè, la decisione di natura commerciale che il consumatore non avrebbe altrimenti preso non riguarda l'*an* della contrattazione, ma la specifica struttura del contratto⁴⁶⁰.

Numerose sono le ipotesi in cui l'adozione di una pratica commerciale vietata può sfociare nell'introduzione di una clausola vessatoria nel testo contrattuale⁴⁶¹. L'assonanza fra alcune disposizioni contenute nelle due discipline sembra confermare tale rilievo. Si pensi, ad esempio, alle azioni ingannevoli che, a norma dell'art. 21 cod. consumo, consistono nell'indurre in errore il consumatore circa «il prezzo o il modo

⁴⁵⁹ Sulla rilevanza d'ufficio della nullità di protezione si veda L. DELLI PRISCOLI, *Rilevanza d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato*, in *Giurispr. Comm.*, 5/2015, p. 976 ss.

⁴⁶⁰ In questo senso U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, op. cit., A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, op. cit.

⁴⁶¹ Così S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 345 ss.

in cui questo è calcolato» (lett. d), o ancora circa i diritti che gli spettano, «incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 cod. consumo» (lett. g). Ai sensi dell'art. 33, co. 2, cod. consumo, «si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto», di: «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista» (lett. b), o ancora di «stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione» (lett. n).

In questi casi, la nullità di protezione può trovare applicazione al contratto stipulato per effetto della pratica scorretta. Ma, a ben vedere, la nullità di protezione è qui applicabile in virtù della vessatorietà della clausola la cui introduzione nel contratto è stata resa possibile dalla pratica scorretta⁴⁶². Questo significa che la nullità (di protezione) viene comunque comminata perché ricorrono i presupposti previsti dall'art. 36 cod. consumo e dunque a prescindere dal fatto che il contratto costituisca il risultato di una pratica scorretta.

In definitiva, la circostanza che alla vessatorietà di una clausola si colleghi, per espressa previsione legislativa, la sua nullità, non consente di ritenere che alla violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette possa generalmente seguire la nullità del contratto che ne sia l'effetto, posto che, in assenza di un'espressa previsione in tal senso, viene in rilievo la violazione di una regola di condotta cui non può seguire, nel silenzio della legge, alcuna conseguenza invalidante⁴⁶³.

Quanto detto sino a questo punto non toglie che la nullità, questa volta di diritto comune, possa essere invocata nelle ipotesi riconducibili all'art. 1418, co. 2, cod. civile, quando, ad esempio, il contratto manchi di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 cod. civile⁴⁶⁴, o ancora quando la causa o i motivi (nel caso indicato dall'art.

⁴⁶² Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 276.

⁴⁶³ Si esprime in questi termini U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit.

⁴⁶⁴ Sul punto si veda N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., ove l'A. rileva come per talune forme di pratiche aggressive, come ad esempio servizi di telefonia non richiesti dal consumatore ma attivati in via automatica dal professionista, l'abuso del professionista è talmente grave che impedisce al consumatore non solo una scelta consapevole, ma addirittura di compiere una scelta "qualsiasi". Il consumatore non compie una scelta irrazionale, bensì non compie

1345 cod. civile) siano illeciti, o l'oggetto dovesse risultare carente dei requisiti di cui all'art. 1346 cod. civile⁴⁶⁵.

Com'è stato rilevato, il problema che in questo caso si pone è quello dell'eccedenza degli effetti della reazione rispetto agli interessi in gioco⁴⁶⁶. Da un lato, il carattere irreversibile della rimozione del rapporto obbligatorio impedisce al consumatore di realizzare anche soltanto alcuni dei risultati negoziali programmati, dall'altro, lo stato d'incertezza che il rimedio in parola crea sulla sorte del contratto, in ragione dell'imprescrittibilità della relativa azione sancita dall'art. 1422 cod. civile, influisce negativamente sulle relazioni commerciali del professionista, ed in ultima analisi sulle dinamiche del mercato⁴⁶⁷.

Alla luce di tali considerazioni, l'attenzione della dottrina si è spostata sul rimedio dell'annullabilità del contratto.

8. L'annullabilità

La dottrina ha generalmente ritenuto l'annullamento del contratto concluso in forza di una pratica scorretta rimedio più adeguato e calzante rispetto alla nullità⁴⁶⁸.

L'annullabilità è il rimedio posto a tutela della parte che per incapacità o per vizio del volere non esprime un consapevole ed integro consenso.

alcuna scelta. In casi come questo, conclude l'A., il contratto è nullo per mancanza di uno degli elementi essenziali, ovvero per mancanza di accordo, sulla base degli artt. 1418, co. 2, cod. civile e 1325, n. 1, cod. civile.

⁴⁶⁵ Questa conclusione sembra largamente condivisa in dottrina. C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit., p. 780, L. GILBERTI, *Il danno da pratica commerciale scorretta*, op. cit., p. 388, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, op. cit., p. 778 – 779, U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., p. 280.

⁴⁶⁶ Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 281.

⁴⁶⁷ In tal senso A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, op. cit., cit. p. 103.

⁴⁶⁸ Per una ricostruzione del dibattito dottrinario sul tema dell'annullabilità del contratto si rimanda a N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit., p. 183 ss. Si veda anche M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, che ha rilevato che l'annullabilità è rimedio meno «distonico» rispetto alla nullità.

L'annullabilità è una forma d'invalidità che tutela di regola gli interessi particolari dei soggetti che hanno concluso un contratto in una situazione di incapacità o in una situazione che li ha determinati a prestare un consenso viziato⁴⁶⁹. L'interesse generale, sempre presente nelle azioni di invalidità, qui si realizza concedendo al soggetto tutelato un rimedio personale cui potrà fare ricorso dopo aver maturato la decisione circa il mantenimento o meno dell'affare.

Cause tipiche di annullamento del contratto sono l'incapacità (art. 1425 cod. civile) ed i vizi del consenso quali l'errore, la violenza ed il dolo (art. 1427 cod. civile).

Come abbiamo già avuto modo di chiarire, una pratica commerciale scorretta consiste in un comportamento, contrario a diligenza, con cui il professionista altera «sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁴⁷⁰. Emerge così il punto di contatto tra la disciplina sulle pratiche scorrette ed i vizi del volere: il comportamento del professionista influisce sul libero convincimento del consumatore, che pertanto si determina ad una scelta commerciale che non avrebbe preso se la sua volontà non fosse stata viziata dalla pratica sleale.

Per sostenere l'annullabilità del contratto concluso in seguito ad una pratica scorretta, i vizi del consenso che sono stati maggiormente richiamati dalla dottrina sono stati il dolo e la violenza.

La dottrina maggioritaria ha sostenuto che il dolo, di regola, sia richiamabile per le pratiche ingannevoli, mentre la violenza per le pratiche aggressive⁴⁷¹.

Minoritaria è rimasta la posizione di chi ha sostenuto la possibilità di applicare la disciplina del dolo ad entrambe le categorie di pratiche scorrette⁴⁷².

⁴⁶⁹ Sulla definizione di annullabilità si veda M. BIANCA, *Diritto civile – il contratto*, vol. 3, op. cit., p. 642 ss.

⁴⁷⁰ Art. 18, co. 1, lett. e), cod. consumo.

⁴⁷¹ Si veda, ad esempio, C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit., M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, op. cit.

⁴⁷² V. DI CATALDO, *Conclusioni*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, p. 333 ss. L'A. conclude affermando che «già a prima lettura, talune o

Ad ogni modo, affinché il contratto sia annullabile, è necessario che ricorrano tutti i requisiti che il codice civile richiede per la pronuncia di annullamento. Ed è proprio questo l'oggetto della nostra indagine: verificare se sia possibile rintracciare nella disciplina in esame tutti i presupposti indicati dal codice civile per le tre fattispecie di vizi del volere, al fine di considerare annullabile il contratto concluso in forza di una pratica scorretta.

9. L'errore

Il consenso è integro solo se, oltre ad essere libero e ponderato, è anche informato⁴⁷³. Il contraente che conclude un contratto ignorando informazioni che possono incidere sulla valutazione della convenienza dell'affare esprime un consenso viziato. L'errore è la conseguenza di una carenza informativa, tanto nel caso in cui esso sia provocato dalla altrui condotta, quanto nel caso in cui esso sia spontaneo.

Le regole sull'errore, ed anche quelle sul dolo, costituiscono gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento cerca di tutelare l'integrità del consenso dalla carenza informativa. Tuttavia queste regole non entrano in gioco in via preventiva, cercando di evitare la conclusione di un contratto caratterizzato da un deficit informativo, quanto piuttosto successivamente alla conclusione del contratto stesso.

Dato che l'errore viene tradizionalmente inteso come una falsa o erronea rappresentazione della realtà⁴⁷⁴, quasi spontaneo risulta il parallelismo con le pratiche ingannevoli, che infatti contengono informazioni non rispondenti al vero ovvero inducono il consumatore ad un'errata rappresentazione degli elementi o delle qualità del prodotto commercializzato o del professionista stesso.

forse molte delle ipotesi di pratiche commerciali sleali sembrano avere (tutti) i caratteri del c.d. dolo determinante».

⁴⁷³ Così, espressamente, A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Giuffrè Editore, 2008, cit. p. 395.

⁴⁷⁴ Per un'analisi accurata sull'errore si rimanda a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam. Padova, 1963.

Ciò premesso, occorre domandarsi se possa applicarsi la disciplina dell'errore al contratto concluso in forza di una pratica scorretta, e più precisamente in forza di una pratica ingannevole.

L'errore, per poter legittimare l'annullamento del contratto, deve essere essenziale e riconoscibile (art. 1428 cod. civile). Entrambi questi requisiti devono trovare riscontro nella disciplina sulle pratiche scorrette per autorizzare l'estensione della disciplina dell'annullamento.

Il legislatore individua l'errore essenziale senza ricorrere ad una formula descrittiva sintetica e generale, bensì elencando quattro casi in cui esso è ritenuto tale: in base all'art. 1429 cod. civile è ritenuto essenziale l'errore sulla natura o sull'oggetto del contratto (art. 1429, n. 1); l'errore sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, debba ritenersi determinante del consenso (art. 1429, n. 2); l'errore che cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso (art. 1429, n. 3). Essenziale è altresì l'errore di diritto, quando abbia costituito la ragione unica o principale del contratto (art. 1429, n. 4, cod. civile)⁴⁷⁵.

L'essenzialità non sembra rappresentare un ostacolo all'applicazione della disciplina dell'errore alle pratiche scorrette.

Gli elementi che possono costituire oggetto delle false informazioni, o comunque delle informazioni vere ma presentate in modo tale da indurre in errore il consumatore medio, elencati nell'art. 21 cod. consumo, ricalcano, con un buon grado di approssimazione, le ipotesi di essenzialità dell'errore ex art. 1429 cod. civile⁴⁷⁶.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi prevista dall'art. 21 lett. a) che, facendo riferimento alla natura del prodotto, richiama l'ipotesi di cui all'art. 1429 n. 1, o ancora all'ipotesi

⁴⁷⁵ Sul punto M. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 205. M. BESSONE, *Essenzialità dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 872, R. DI RAIMO, *Errore essenziale*, in *Commentario del Codice Civile. Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis e leggi collegate*, a cura di E. NAVARETTA e A. ORESTANO, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 145.

⁴⁷⁶ Così, espressamente, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, 3/2013, p. 688 ss.

di cui all'art. 21 lett. f) che, riferendosi alla natura o alle qualifiche del professionista, quali l'identità, richiama l'art. 1429 n. 3 cod. civile.

Come anticipato, affinché il rimedio dell'annullabilità per errore possa estendersi alla fattispecie in esame, è necessario che sia presente anche l'altro elemento indicato dall'art. 1428 cod. civile, ossia la riconoscibilità.

L'errore è riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo (art. 1431 cod. civile). La regola tutela l'affidamento della controparte, esponendola alle conseguenze dell'annullamento del contratto solo nell'ipotesi in cui essa avrebbe potuto e quindi dovuto accorgersi dell'errore nonché darne notizia⁴⁷⁷.

Parte della dottrina⁴⁷⁸ ha avuto modo di rilevare come un'applicazione generalizzata della disciplina dell'errore alle pratiche scorrette sia impedita dalla presenza del parametro del consumatore medio. La riconoscibilità dell'errore richiede un giudizio individualizzato in relazione alla singola operazione commerciale, e così non è per il consumatore medio. Di fatto esso si sostanzia in un parametro oggettivo, che non considera il consumatore per quello che è, ma per quello che dovrebbe essere, e cioè un consumatore «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»⁴⁷⁹. In altri termini, viene rilevato come le pratiche commerciali scorrette siano destinate ad essere valutate come tali in base alla loro capacità di incidere sul processo decisionale di un consumatore medio, mentre l'errore codicistico consista nella falsa rappresentazione della realtà che colpisce solo *quel* contraente.

Al di là delle differenze delineate sul versante della riconoscibilità dell'errore, decisivo appare un altro rilievo.

Se il comportamento economico del consumatore è falsato in misura rilevante da una pratica commerciale scorretta, nella maggior parte dei casi questo non sarà dovuto dal fatto che costui sia caduto in errore, quanto piuttosto dal fatto che sia stato indotto in errore dal professionista che ha veicolato, in modo scorretto, le informazioni

⁴⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, II edizione, Giuffrè Editore, 2011, p. 750 ss.

⁴⁷⁸ Si veda sul punto E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, op. cit.

⁴⁷⁹ Considerando n. 18, direttiva 2005/29/CE.

riguardanti l'operazione commerciale⁴⁸⁰. In altri termini si configura un'ipotesi non di errore spontaneo ma provocato che, in quanto tale, sembra riconducibile più alla disciplina del dolo che a quella dell'errore⁴⁸¹.

Adottando questo punto di vista, perde di significato interrogarsi sulla riconoscibilità dell'errore. D'altro canto, l'art. 1431 cod. civile è pensato per contemperare le ragioni dell'errante, che chiede l'annullamento del contratto, e l'interesse della controparte che ha legittimamente confidato nella sua validità.

Nella disciplina sulle pratiche scorrette non si avverte la necessità di tutelare il professionista consentendogli di invocare la non riconoscibilità, da parte sua, dell'errore del consumatore in quanto è proprio l'operatore economico "forte" ad indurre il consumatore in errore attraverso le informazioni veicolate o, più in generale, mediante lo svolgimento di un'attività sleale⁴⁸².

10. La violenza

Com'è stato da tempo osservato, le pratiche aggressive richiamano un classico vizio del consenso: la violenza⁴⁸³.

La violenza consiste nella minaccia seria di un male ingiusto e notevole rivolta alla persona o ai beni del contraente o di terzi, allo scopo di estorcere il consenso per la stipulazione di un contratto (art. 1434 e ss. cod. civile).

A tal proposito giova ricordare come la violenza possa manifestarsi tanto sotto forma di violenza fisica, quanto sotto forma di violenza morale. Tradizionalmente si è soliti ritenere che soltanto la violenza morale, e cioè la minaccia di un pregiudizio per indurre alla conclusione del contratto, si riveli idonea a viziare un consenso comunque

⁴⁸⁰ In questo senso S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit., cit. p. 139.

⁴⁸¹ Sul punto R. SACCO, *Il Contratto*, IV edizione, Utet, 2016.

⁴⁸² Cfr. S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit., p. 148-149.

⁴⁸³ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, op. cit.

esistente, mentre la violenza fisica, estrinsecandosi in una coazione materiale, escluderebbe del tutto la volontà del soggetto rendendo nullo il negozio giuridico⁴⁸⁴.

Nonostante parte della dottrina ritenga questa distinzione superata⁴⁸⁵, non si intende in questa sede prendere posizione sulla questione, quanto piuttosto cercare di rintracciare i caratteri della violenza all'interno della disciplina sulle pratiche scorrette.

Le «molestie» e le «coercizioni» integrano una pratica scorretta se utilizzate dal professionista al fine di «limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento»⁴⁸⁶ del consumatore. Da questo deriva che l'aggressività della pratica commerciale, che trova espressione anche in una «minaccia fisica o verbale»⁴⁸⁷, può costituire, al pari della violenza considerata dagli artt. 1434 ss. cod. civile, un ostacolo alla formazione di un consenso veramente consapevole.

Il rilievo appena compiuto non vale a ritenere generalmente applicabile la disciplina della violenza alle pratiche scorrette.

Abbiamo già avuto modo di vedere come le nozioni di molestia, coercizione ed indebito condizionamento siano destinate a riempirsi dei contenuti più vari, esplicandosi in condotte che non sempre legittimerebbero il consumatore a chiedere l'annullamento del contratto. Nel caso in cui la condotta del professionista venga attuata mediante «molestie», che si risolvono per lo più in atti fastidiosi, non è detto che venga prospettato un male ingiusto e notevole per il consumatore o per un altro soggetto.

Nemmeno nella totalità delle ipotesi della lista nera di pratiche ritenute in ogni caso aggressive, di cui all'art. 26 cod. consumo, è possibile rintracciare tutti i caratteri della violenza.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi prevista dall'art. 26, lett. h), cod. consumo che considera in ogni caso aggressiva la condotta del professionista che abbia lasciato «intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà

⁴⁸⁴ Su tale distinzione M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. VII, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 305. F. GALGANO, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007, p. 332.

⁴⁸⁵ Si veda M. BIANCA, *Diritto civile – il contratto*, op. cit., p. 658.

⁴⁸⁶ Art. 24, co. 1, cod. consumo.

⁴⁸⁷ Art. 25, lett. b), cod. consumo.

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». Com'è stato rilevato⁴⁸⁸, in questa ipotesi difficilmente il contratto potrà essere impugnato per violenza, risultando più corretto il riferimento al dolo. Ciò non esclude che alcune pratiche aggressive possano presentare i caratteri della violenza. Si pensi al professionista che ingeneri la convinzione di essere costretti entro i locali commerciali fino alla stipulazione del contratto, oppure che, in caso di mancato acquisto del prodotto o del servizio, saranno in pericolo il proprio lavoro e la propria sussistenza. Queste condotte sono potenzialmente idonee a «far impressione sopra una persona sensata» e a «farle temere di esporre sé o i suoi beni ad un male ingiusto e notevole» (art. 1435 cod. civile), ma ciò dipenderà dalle concrete modalità di attuazione delle stesse.

In conclusione, molestie e coercizioni, così come intese dal codice del consumo, sono elementi che solo in alcuni casi potrebbero integrare il carattere della violenza codicistica⁴⁸⁹. Affinché si configuri una pratica commerciale aggressiva non è necessario che si arrivi alla minaccia di un male ingiusto e notevole, risultando sufficiente fare esortazioni particolarmente insistenti (ripetute telefonate a casa) o creare false impressioni per condizionare il comportamento economico del consumatore (lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia vinto un premio).

Ad ogni modo, la circostanza che il legislatore abbia predisposto un elenco di pratiche commerciali ritenute in ogni caso sleali porta a ritenere che in presenza delle situazioni previste dall'art. 26 del cod. consumo la pratica commerciale dovrà considerarsi di per sé determinante della scelta economica del consumatore, senza necessità di svolgere

⁴⁸⁸ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, op. cit.

⁴⁸⁹ Così E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, op. cit.

una valutazione in concreto dell'effettiva incidenza della pratica su quel consumatore⁴⁹⁰.

Tuttavia, l'elenco delle pratiche considerate in ogni caso aggressive, rispetto alle quali non occorre accertare l'efficacia determinante della scelta economica del consumatore, contenendo un ventaglio di ipotesi di gravità anche minore rispetto a quelle che integrano la violenza ai sensi del codice civile, impone comunque di accertare in concreto se la singola ipotesi presenti i restanti caratteri della violenza⁴⁹¹.

11. Il dolo

Rimane da analizzare l'ultimo vizio della volontà: il dolo.

Il dolo consiste nella condotta di uno dei contraenti che, con artifici e raggiri, induce l'altro alla stipulazione di un contratto che diversamente non avrebbe stipulato (art.1439 cod. civile) ovvero avrebbe concluso ugualmente, ma a condizioni diverse (art.1440 cod. civile). Solo la prima ipotesi (c.d. dolo vizio) consente di attivare il rimedio dell'annullabilità, poiché la seconda (c.d. dolo incidente) dà diritto esclusivamente al risarcimento del danno⁴⁹².

Ferma la considerazione già fatta circa l'impossibilità di generalizzare, è possibile rilevare sin da subito che le azioni ingannevoli – disciplinate dall'art. 21 cod. consumo – concretandosi nell'idoneità delle stesse ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, lasciano

⁴⁹⁰ In questo senso M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, op. cit., p. 242. Contra M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, op. cit., che ritiene più corretto parlare di inversione dell'onere della prova.

⁴⁹¹ Per un'esclusione totale della disciplina della violenza rispetto alle pratiche aggressive A. COSTA, *Pratiche commerciali e rimedi: i vizi della volontà*, op. cit., ove l'A. ritiene che il parallelo tra la violenza come vizio del consenso e come presupposto della pratica aggressiva perda di valore «ove si vadano ad analizzare gli ulteriori e necessari requisiti che il codice civile esige per ottenere l'annullamento del contratto». L'A. conclude dicendo che rispetto ai parametri di valutazione della violenza quale vizio del consenso previsti dall'art. 1435 cod. civile, i criteri di valutazione delle pratiche aggressive appaiono più tenui.

⁴⁹² Così E. DEL PRATO, *Le annullabilità del contratto*, in *Trattato del contratto*, vol. IV, *I rimedi*, a cura di E. ROPPO e A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 291 ss.

intendere che, concettualmente, sia corretto il richiamo al dolo determinante che, spingendo il *deceptus* a stipulare un contratto non voluto, è causa di annullabilità del contratto ex art. 1439 cod. civile⁴⁹³.

In quest'ottica, l'intervento del legislatore comunitario, con la previsione di una *black list* di pratiche considerate in ogni caso ingannevoli, sembra realizzare l'importante funzione di semplificare il giudizio di rilevanza del comportamento del professionista e l'onere probatorio a carico del consumatore.

La possibilità di applicazione del dolo quale rimedio negoziale a fronte di talune pratiche scorrette non implica la coincidenza delle relative discipline: la disciplina in materia di vizi del consenso appare molto più restrittiva rispetto a quella afferente le pratiche scorrette⁴⁹⁴.

Sul punto basta ricordare l'atteggiamento "restrittivo" degli interpreti in tema di dolo omissivo che, com'è noto, è oggetto di vivaci discussioni da parte di dottrina⁴⁹⁵ e giurisprudenza, non sempre disposte a ritenere che il dolo, come vizio della volontà, possa prescindere da un comportamento commissivo. La Suprema Corte ritiene infatti che la sola reticenza o il silenzio non siano di per sé sufficienti ad invalidare il contratto, dovendosi inserire «in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia ed astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*»⁴⁹⁶. Questo implica che non sempre il semplice silenzio e la reticenza si rivelano sufficienti per integrare il dolo causa di annullabilità del contratto, essendo necessario che essi si inseriscano in un complesso di circostanze e comportamenti che, nel loro insieme, si rivelino determinanti dell'errore altrui.

⁴⁹³ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, op. cit.

⁴⁹⁴ Così S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit., ed anche F. GIRINELLI, *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediabile del public and private enforcement*, in *Jus civile.it*, 2016.

⁴⁹⁵ Nel senso della irrilevanza del dolo omissivo sono A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983, p. 111, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990, p. 101. In senso contrario, ex multis, R. SACCO, *Il Contratto*, vol. I, IV ed., Utet, 2016, M. BIANCA, *Diritto civile – il contratto*, op. cit., p. 665.

⁴⁹⁶ Sentenza Cass., 20.4.2006, n. 9253, in senso analogo Cass., 12.2.2003, n. 2104.

Nonostante autorevoli voci contrarie⁴⁹⁷, se si vuole rimanere fedeli all'insegnamento tradizionale che nega rilevanza al semplice mendacio ed alla semplice reticenza informativa, è difficile prospettare la rilevanza del dolo per talune delle scorrettezze previste dalla legge. Pertanto le omissioni ingannevoli, di cui all'art. 22 cod. consumo, dovrebbero considerarsi fuori dal raggio operativo del dolo se, tenuto conto di tutte le circostanze e caratteristiche del caso concreto, non si sostanzino in un minimo di attività complessa finalizzata a trarre in inganno, tale da consentire l'aggancio al rimedio dell'annullabilità per dolo. Le stesse considerazioni valgono per le azioni ingannevoli di cui all'art. 21 cod. consumo se, tenuto conto ancora una volta delle circostanze del caso concreto, esse dovessero risolversi in un mero mendacio⁴⁹⁸.

La normativa sulle pratiche commerciali scorrette ha invece una funzione di semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento omissivo. Nei rapporti tra imprese e consumatori, infatti, l'omissione dei contenuti informativi o l'attuazione di uno dei comportamenti indicati nell'art. 22 cod. consumo, devono considerarsi di per sé circostanze idonee ad alterare la scelta economica del consumatore⁴⁹⁹.

Ed ancora, ad escludere *tout court* il richiamo alla disciplina del dolo, si potrebbe rilevare come talune pratiche ingannevoli, ad esempio quella prevista dall'art. 23 lett. s) cod. consumo⁵⁰⁰, potrebbero anche rientrare nell'area del c.d. *dolus bonus* che, nella prospettiva del codice civile, non giustifica l'annullamento del contratto tenuto conto che, alle affermazioni esagerate, è ragionevole non attribuire un peso particolare⁵⁰¹.

Questo dimostra come non sia possibile individuare una precisa corrispondenza tra la disciplina delle pratiche scorrette e quella dei vizi della volontà, dato che la prima,

⁴⁹⁷ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, op. cit., R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 287 ss.

⁴⁹⁸ Nello stesso senso U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 283.

⁴⁹⁹ Così, espressamente, M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, op. cit., cit. p. 241.

⁵⁰⁰ Ai sensi dell'art. 23, lett. s), cod. consumo è considerata in ogni caso ingannevole la pratica commerciale che consiste «nell'affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni».

⁵⁰¹ Il rilievo è compiuto da U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 283.

prevedendo casi diversi da quelli che tradizionalmente legittimano una soluzione in termini di annullabilità, risulta essere di maggiore ampiezza.

Ne consegue che la protezione individuale del consumatore, se si fa coincidere, in tale ambito, con l'azione di annullamento, rischia di rivestire un ruolo marginale: di fatto la tutela collettiva, prevista per le pratiche scorrette, trova applicazione anche laddove risulta inaccessibile la tutela individuale dell'annullabilità⁵⁰².

Ai fini dell'annullamento, devono ricorrere ed essere dimostrati dal *deceptus* i quattro elementi fondamentali del dolo-vizio, e cioè: la condotta attiva del *deceptor*, l'intenzionalità dell'inganno, il nesso di causalità tra raggiro e conclusione del contratto e l'idoneità del raggiro a sorprendere una persona di normale diligenza.

Rispetto alla condotta del *deceptor* si è già sottolineata la portata maggiore della disciplina sulle pratiche scorrette, ma questa risulta confermata anche rispetto agli altri elementi richiesti per l'annullamento per dolo del contratto per dolo.

La portata più ampia della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si desume dal fatto che, a differenza degli elementi richiesti per il dolo, questa non richiede necessariamente che dette pratiche abbiano causalmente condotto alla stipulazione del contratto, ma si accontenta del fatto che la pratica commerciale sia idonea a cagionare tale effetto.

La tutela collettiva contro le pratiche ingannevoli non richiede, come invece l'impugnativa per dolo, che la pratica commerciale abbia effettivamente provocato l'alterazione della volontà del singolo, concreto consumatore, ma si accontenta della sua idoneità ad ingannare il consumatore medio che, per quanto adattata alla fattispecie concreta, rimane una figura astratta e standardizzata. Inoltre, la tutela collettiva non richiede nemmeno l'intenzionalità dell'inganno (c.d. *animus decipiendi*), accontentandosi del fatto che la pratica scorretta sia dal professionista posta in essere anche solo colposamente⁵⁰³.

⁵⁰² In questo senso C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit.

⁵⁰³ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit, cit. p. 782.

Le previsioni legislative relative alle pratiche commerciali scorrette prescindono anche dal carattere determinante del consenso, dando rilievo a quanto, in qualsiasi modo, sia idoneo ad influenzare il comportamento economico del consumatore⁵⁰⁴. Il professionista, che si comporti scorrettamente, pone in essere una pratica commerciale vietata in quanto idonea ad influenzare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore, indifferentemente rispetto all' *an* o al *quomodo* della sua decisione. Dunque, nell'ambito delle pratiche scorrette, perde rilievo la distinzione tra dolo determinante e dolo incidente non essendo rintracciabile un trattamento giuridico diverso per le due situazioni.

L'impossibilità di sovrapporre le due discipline in esame deriva anche da considerazioni di segno opposto rispetto a quelle appena compiute; e cioè dal rilievo che, in alcuni casi, l'ambito di operatività dei rimedi collettivi è più ristretto rispetto a quello del rimedio individuale dell'annullabilità. Si pensi, ad esempio, alla circostanza per cui il rimedio dell'annullabilità risulta accessibile al *deceptus* anche ove il dolo provenga da un terzo, sempre che esso fosse noto al contraente che ne ha tratto vantaggio (il professionista), mentre la tutela collettiva contro le pratiche scorrette richiede che le stesse siano poste in essere dal professionista o da chi agisce in nome o per conto di lui⁵⁰⁵.

Quanto fino adesso rilevato non vuol dire, e lo si è già evidenziato all'inizio, che in diversi casi di pratiche scorrette non sia possibile rintracciare un comportamento integrante i caratteri della dolo⁵⁰⁶, quanto piuttosto che appare difficile una totale rilettura dei requisiti previsti nel codice civile in tema di dolo per ritenere l'annullabilità del contratto un rimedio di ordine generale.

Tuttavia non sembra consentito ritenere che l'introduzione delle regole in materia di pratiche sleali, ed in particolare la predisposizione delle c.d. *black list*, sia destinata a

⁵⁰⁴ Così S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit.

⁵⁰⁵ Il rilievo è compiuto da C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette"*, op. cit.

⁵⁰⁶ Attività complessa a trarre in inganno, e pertanto riconducibile al rimedio dell'annullabilità per dolo, è ad esempio quella prevista dall'art. 23, lett. b), cod. consumo, per cui è considerata in ogni caso ingannevole la pratica che consiste nell'«esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione». In questo caso emerge chiaramente l'intento decettivo dell'attività.

non produrre effetto alcuno nell'ambito della disciplina tradizionale⁵⁰⁷. Nell'ipotesi in cui il fatto configuri una delle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli, e cioè di per sé determinanti della scelta economica del consumatore, il soggetto che intenda agire per l'annullamento del contratto per dolo dovrebbe essere esonerato dall'onere di dover dimostrare la concreta efficacia determinante del raggiro rispetto alla sua scelta individuale⁵⁰⁸.

12. Limiti dei rimedi invalidanti. Conclusioni sull'annullabilità del contratto

Le considerazioni svolte sino a questo punto hanno evidenziato le differenze che intercorrono tra la disciplina delle pratiche scorrette e quella dei vizi del consenso. Pertanto la conclusione cui sembra corretto giungere è che i rimedi invalidanti, per come sono concepiti e strutturati all'interno del codice civile, non si prestano a rappresentare un rimedio di ordine generale per reagire alla scorrettezza delle pratiche commerciali.

I limiti operativi dei rimedi invalidanti si colgono appieno se si pone l'attenzione su due aspetti caratteristici della disciplina consumeristica.

Il primo: la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, lo si è detto più volte, è posta a presidio del corretto funzionamento del mercato. Da ciò discende che l'attenzione è particolarmente rivolta ai consumatori collettivamente considerati piuttosto che al singolo consumatore contraente, ed infatti, significativamente, è all'impatto sul consumatore medio che si guarda per valutare la scorrettezza della pratica commerciale.

Il secondo: la disuguale posizione di potere fra professionista e consumatore, e la conseguente asimmetria informativa, costituiscono la premessa sulla quale fondare

⁵⁰⁷ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵⁰⁸ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, op. cit.

una disciplina del contratto del consumatore profondamente difforme dal diritto comune dei contratti. Il codice civile, legato ad una logica egualitaria, concepisce il rapporto contrattuale come un modello ad armi pari tra soggetti ben individuati⁵⁰⁹; il vizio del consenso è pertanto un accidente del singolo contratto, non il riflesso di una preesistente posizione di potere di un contraente sull'altro⁵¹⁰.

Si aggiunga che un eccessivo utilizzo delle categorie dell'invalidità, ed un ampliamento delle stesse per farvi rientrare la maggior parte dei comportamenti vietati dalla disciplina sulle pratiche scorrette, appare inadeguato. Verrebbe limitata, di fatto, l'utilità della nuova disciplina, che si caratterizza per tutelare il consumatore non solo da ciò che lo induce ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, ma anche da ciò che si rivela semplicemente idoneo ad indurlo a prendere tale decisione⁵¹¹.

Pertanto pretendere che sia la normativa speciale a riscrivere i presupposti operativi dei vizi del consenso non sembra rivelarsi operazione lecita. D'altronde l'art. 19, lett. a), cod. consumo facendo salva l'applicazione delle norme in materia contrattuale relative a formazione, validità ed efficacia del contratto, autorizza a ritenere che quest'ultime norme debbano restare intatte e non essere modificate dalla disciplina speciale, aggiungendosi semmai a questa nei limiti della compatibilità⁵¹².

Ciò porta a concludere che, sul piano dei rimedi individuali, l'annullamento del contratto sarà ipotizzabile solo ove si accerti la ricorrenza dei requisiti che il codice civile a tal fine richiede⁵¹³, mentre, nell'ambito della disciplina speciale, si potrà anche sostenere che rilevi la mera reticenza, o il mendacio puro e semplice, ma ciò solo e soltanto per i fini indicati dalla normativa stessa, e cioè per consentire l'intervento

⁵⁰⁹ Così C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵¹⁰ In questo senso N. ZORZI – F. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, op. cit.

⁵¹¹ Cfr. S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, op. cit., p. 134 ss.

⁵¹² Nello stesso senso U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit.

⁵¹³ Così, espressamente, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013.

repressivo o inibitorio dell'AGCM e fatto salvo, sul piano della reazione individuale, il diritto al risarcimento dell'eventuale danno⁵¹⁴.

13. Pubblicità ed integrazione del contratto tra commerciante e consumatore. I possibili rimedi esperibili dal consumatore leso

Non sempre il consumatore italiano è stato titolare di un diritto ad una pubblicità veritiera e corretta⁵¹⁵. Il consumatore rappresentava piuttosto il parametro in base al quale misurare la slealtà concorrenziale di un annuncio pubblicitario⁵¹⁶. Si era soliti affermare, infatti, che la pubblicità integrasse gli estremi dell'atto di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 2 e n. 3 cod. civile qualora si fosse rivelata idonea a falsare le scelte economiche dei consumatori⁵¹⁷.

Del resto la dottrina⁵¹⁸ non aveva mancato di sottolineare come nulla vietasse all'ordinamento, almeno in teoria, di considerare ingiusta, e quindi risarcibile, la sola lesione del concorrente patita in seguito all'utilizzo di una pubblicità ingannevole disinteressandosi, invece, del danno subito dal consumatore.

Il quadro che è stato sinteticamente qui presentato ha iniziato a mutare in seguito a diversi interventi del legislatore comunitario; la prima direttiva in materia fu la 84/450⁵¹⁹ che aveva come obiettivo quello di ravvicinare le disposizioni degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole al fine di consentire il corretto

⁵¹⁴ Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit.

⁵¹⁵ Sul punto R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, ed. 3, Utet, Torino, 2004, p. 556, ove si può leggere che « la pubblicità spesso parlerà delle qualità comparative dei prodotti concorrenti. In tal caso la menzogna sarà più pericolosa per il concorrente che non per il consumatore. Perciò la lotta contro la pubblicità menzognera è stata vista, ed è vista, come un capitolo della lotta per la moralizzazione della concorrenza, e non, invece, per la protezione del consumatore [...] È però evidente che la pubblicità menzognera non può dirsi conforme alla buona fede nemmeno nei confronti del consumatore »

⁵¹⁶ In questo senso M.L. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, op. cit.

⁵¹⁷ V. MANGINI – G. AULETTA, *Concorrenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 244

⁵¹⁸ G. ROSSI, *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, «diritto a non essere ingannati», diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.

⁵¹⁹ Direttiva 84/450/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, come modificata dalla direttiva 97/55/CE che ha in essa incluso la disciplina della pubblicità comparativa.

funzionamento del mercato, incentivando la concorrenza e tutelando i consumatori. La materia ha subito numerose modifiche ed integrazioni; la direttiva 05/29 ha contribuito a cambiare il modo di intendere gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso con il consumatore. Di questo si cercherà di rendere conto.

Il primo rilievo di ordine generale che è possibile compiere è che prima dell'attuazione della direttiva sulle pratiche sleali al consumatore vittima di una pubblicità scorretta era consentito di rivolgersi unicamente all'autorità giudiziaria ordinaria. Egli era, invece, impossibilitato a ricorrere direttamente all'AGCM. Oggi le cose sono mutate, tanto che si è soliti affermare che al consumatore è offerto un duplice binario di tutele⁵²⁰. Va del pari osservato, però, che l'applicazione delle norme in materia contrattuale incontra diversi ostacoli normativi⁵²¹. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'autore dello *slogan* pubblicitario (solitamente identificabile con il produttore del bene) è un soggetto terzo rispetto ai contraenti; in tal caso, l'applicabilità della disciplina contrattuale sembrerebbe ostacolata dal principio della relatività del contratto enunciato nell'art. 1372 cod. civile.

La dottrina⁵²² ha osservato come l'attività del produttore, diretta ai possibili clienti consumatori, debba essere improntata alla correttezza, osservando il dovere di veridicità e quello di comunicazione. Il primo gli impone di far apparire come vere solo le circostanze che siano effettivamente corrette, il secondo di informare la controparte di tutto ciò che possa rivelarsi utile per la rappresentazione del futuro regolamento negoziale. Ciò deve valere anche per la pubblicità, capace di influenzare il mercato indirizzando i consumatori all'acquisto di un determinato bene o servizio. Se l'autore della pubblicità lancia un messaggio ingannevole, deve essere considerato responsabile delle eventuali conseguenze negative che ha subito colui che agisce supponendo quel messaggio veritiero.

⁵²⁰ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit.

⁵²¹ Così G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, in Riv. dir. civ., 3/2011.

⁵²² G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore dei beni di consumo. Profili precontrattuali*, Milano, 1970.

Nel caso in cui il messaggio pubblicitario sia realizzato da uno dei due soggetti coinvolti nelle trattative *nulla quaestio*: l'autore risponderà per fatto illecito, per responsabilità precontrattuale o contrattuale⁵²³.

Sicuramente più problematico il caso in cui chi emetta il messaggio pubblicitario non sia una delle parti in esse direttamente coinvolte.

In questo caso la norma alla quale il consumatore potrà fare ricorso sarà l'art. 2043 cod. civile, se sussistono dolo o colpa dell'autore. La disciplina dell'illecito extracontrattuale permette di colpire la condotta scorretta del professionista che si avvale di pubblicità ingannevoli poiché non incontra i limiti della relatività del rapporto contrattuale, limiti che rappresentano un ostacolo all'estensione della responsabilità contrattuale all'autore del messaggio pubblicitario nel caso in cui non coincida con uno dei contraenti. L'inganno che deriva da una falsa rappresentazione della realtà conseguente alla pubblicità menzognera, ancorché proveniente da un terzo, infatti, rileva come fonte autonoma di responsabilità⁵²⁴. Al consumatore è riconosciuto se non il diritto, almeno un interesse giuridicamente rilevante ad un'informazione pubblicitaria veritiera; inoltre egli è indubbiamente titolare del diritto ad assumere decisioni di natura commerciale libere e consapevoli. Proprio la lesione di tali situazioni giuridiche giustifica l'obbligo risarcitorio in capo all'utilizzatore del messaggio ingannevole.

Il rimedio che, *prima facie*, appare più idoneo a sanzionare la pubblicità ingannevole che abbia condotto il consumatore alla stipula di un contratto sembrerebbe essere l'annullamento per dolo⁵²⁵. D'altronde la dottrina vede nella pubblicità ingannevole il paradigma del mendacio e del raggiro⁵²⁶.

⁵²³ Così G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, op. cit., p. 273.

⁵²⁴ U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore. Profili di tutela individuale*, vol.1, Giuffrè, Milano, 1986, p. 161.

⁵²⁵ Così G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, op. cit., p. 281.

⁵²⁶ A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Giuffrè Editore, 2008, cit. p. 507.

Se è vero, da un lato, che la pubblicità costituisce un fenomeno macroeconomico e che, come tale, influenza i consumi di massa, nondimeno è vero che essa rappresenta una realtà microeconomica, che determina le decisioni del singolo ed è pertanto idonea ad incidere sul suo consenso, viziandolo. Ritenere il contratto stipulato dal consumatore, in forza di una pubblicità menzognera, annullabile per dolo non è inoltre impedito dalla circostanza che il messaggio pubblicitario provenga da un soggetto che, rispetto al rivenditore finale del bene, è terzo. L'art. 1439, co. 2, cod. civile, infatti, dispone che, nel caso di raggiri usati da un terzo, il contratto è comunque annullabile, se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio⁵²⁷.

L'annullamento del contratto tra venditore e compratore ingannato è possibile anche attraverso la disciplina codicistica dell'errore. L'errore rileva in modo particolare in occasione della conclusione del contratto tra il rivenditore e il consumatore, il quale si è determinato al vincolo negoziale in virtù di una falsa rappresentazione della realtà, causata dall'ingannevole comportamento dell'autore della pubblicità mendace.

La dottrina⁵²⁸ ha rilevato come la disciplina sull'errore risulti di più agevole applicazione, rispetto a quella del dolo, per il fatto che l'area dell'errore riconoscibile è più vasta rispetto a quella dei raggiri «noti», rilevanti ai fini dell'annullamento del contratto per dolo. Risulta quindi più semplice, per il consumatore, riuscire a fornire in giudizio la prova del vizio della volontà.

La riconoscibilità dell'errore per il venditore andrà valutata con il parametro della diligenza media, tenendo conto delle qualità personali dei contraenti. L'errore derivante da un messaggio pubblicitario ingannevole si rivela quindi idoneo a giustificare l'annullamento per consenso viziato da un'erronea rappresentazione della realtà anche quando il messaggio pubblicitario non sia stato materialmente diffuso dal venditore, purché questo potesse, con l'ordinaria diligenza, ravvisarne la decettività.

⁵²⁷ Cfr. G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, op. cit., p. 285, ove l'A. afferma che nel caso in cui il contraente che si avvantaggi della pubblicità ingannevole rimanga all'oscuro dei raggiri utilizzati, il contratto resterà valido, ma il *deceptus* potrà richiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 al terzo.

⁵²⁸ U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore. Profili di tutela individuale*, vol.1, Giuffrè, Milano, 1986, p. 194.

Non sempre la disciplina in materia dei vizi del consenso si rileva idonea a tutelare il consumatore nel caso di messaggi pubblicitari ingannevoli; talvolta possono essere difficilmente rintracciabili il carattere decettivo della pubblicità o la riconoscibilità dell'errore. Parte della dottrina ha suggerito, pertanto, di fare ricorso all'istituto della presupposizione⁵²⁹.

Ad ogni modo, oltre ai rimedi derivanti dall'applicazione delle disposizioni generali sul contratto, vanno ricordati gli strumenti di tutela offerti dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo.

Intercorre un innegabile legame tra la nozione di difetto di conformità e la nozione di pratica commerciale scorretta. Esso è percettibile con particolare evidenza nel caso in cui una pratica ingannevole sia stata attuata mediante una campagna pubblicitaria che divulghi false informazioni sulle caratteristiche del bene offerto alla generalità dei consumatori. D'altronde è innegabile che la diffusione di false informazioni sulle qualità o caratteristiche del prodotto possono indurre in errore il consumatore mediamente diligente, conducendolo a concludere un contratto che non avrebbe altrimenti concluso ove avesse maturato la propria scelta negoziale disponendo di dati corretti.

Tale condotta integra gli estremi dell'azione ingannevole e, nello stesso tempo, contribuisce a formare l'aspettativa di conformità del singolo consumatore in merito alla corrispondenza tra dato e dovuto⁵³⁰.

L'art. 129, co.2, impone di ritenere i beni di consumo conformi al contratto nel caso in cui si verifichino determinate circostanze, tra cui quella di cui alla lett. c) che prevede espressamente che tali beni debbano presentare «la qualità e le prestazioni

⁵²⁹ G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, op. cit., p. 288, ove l'A. afferma che «un esempio varrà forse a chiarire maggiormente i rapporti tra pubblicità e presupposizione: se il bene è pubblicitariamente descritto come avente determinate caratteristiche, e, in quanto tale, posto in commercio da sempre, si che addirittura viene comunemente individuato con il nome di dette caratteristiche, e anche il venditore, dato l'uso inveterato, le ritenga presenti, ma, poi, una volta perfezionatosi il contratto tra rivenditore e consumatore, si scopre che in realtà tali caratteristiche non sono possedute, il consumatore potrà chiedere la risoluzione del contratto o, a seconda dei casi, l'accertamento della nullità dello stesso, perché esso è stato concluso sull'unico presupposto — comune ad entrambi i contraenti — della loro presenza».

⁵³⁰ R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, op. cit., p. 188 ss.

abituale di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Tale norma si preoccupa di proteggere la fiducia del consumatore, che solitamente non si preoccupa del fatto che le informazioni provengano dal produttore anziché dall'alienante finale, e di estendere la responsabilità del rivenditore impedendogli di far leva sull'efficacia relativa dei patti (art. 1372 cod. civile). D'altronde il rivenditore trae beneficio dalla campagna pubblicitaria sovvenzionata dal produttore grazie all'effetto amplificativo che da essa scaturisce: *cuius commoda, eius et incommoda*.

In forza di tale regola la dottrina non ha mancato di sottolineare come le dichiarazioni pubbliche del terzo fabbricante siano idonee a vincolare il rivenditore nella misura in cui si rivelino capaci di determinare il contenuto del singolo contratto al consumo⁵³¹. La regola sin qui descritta è stata mitigata dall'art. 129, co. 4, cod. consumo il quale solleva il rivenditore da responsabilità per le dichiarazioni effettuate dal produttore nel caso in cui le abbia senza colpa ignorate (lett. a), quando la dichiarazione è stata emendata e quindi resa innocua per il consumatore (lett. b) ed infine quando la dichiarazione del terzo non ha inciso sulla decisione di acquisto del bene di consumo (lett. c).

14. Una chiosa sui rimedi negoziali

A questo punto dell'indagine è possibile tentare di rassegnare una qualche conclusione – o meglio una qualche riflessione conclusiva - circa l'apparato rimediale a disposizione dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta.

⁵³¹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, op. cit., cit. p. 199.

Il discorso sin qui condotto in merito all'individuazione dei rimedi efficacemente esperibili dai consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta assume un senso se si ha contezza che a darsi non è uno bensì uno spettro di rimedi⁵³².

Ed infatti, la trasversalità fattuale delle pratiche commerciali scorrette si mostra, in ultima analisi, la ragione innervante di una fitta rete di rimedi: se multiforme è la varietà di condotte che possono essere tenute in spregio del divieto di porre in essere pratiche commerciali che non siano corrette, del pari variegato deve mostrarsi l'apparato rimediale messo a disposizione dei consumatori, a guisa di una disposizione normativa – l'art. 19, comma 2, lett. a) del cod. consumo – che apre la protezione consumeristica ad un ventaglio di forme di tutela.

Non a caso, quindi, nonostante l'introduzione del nuovo comma 15-*bis* all'interno dell'art. 27 del cod. consumo, rimane salva la possibilità per i consumatori lesi da una pratica sleale di avvalersi degli "altri" rimedi messi a disposizione dalla normativa europea e nazionale.

La scelta di non predisporre strumenti specifici o poco duttili di *private enforcement* nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica sleale, e parallelamente di non modificare gli strumenti di tutela già presenti nel nostro ordinamento, è stata definita come una "opzione oculata"⁵³³, tale da consentire risposte differenti a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse. In altri termini, una varietà rimediale ha l'indubbio pregio di rispettare tutti gli interessi in gioco dei consumatori, chiamati a concretizzarsi a seconda dei casi e, dunque, a seconda del bisogno caducativo, manutentivo o risarcitorio che si intenda soddisfare.

Come si è cercato di illustrare, il quadro normativo oggi vigente non è certo avaro di risposte rimediali: si va dai rimedi risarcitori (di cui si dirà nel prossimo capitolo), ai rimedi contrattuali (da quelli caducatori a quelli manutentivi), da quelli a portata

⁵³² T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, p. 83 e ss.

⁵³³ A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, op. cit., p. 215.

generale a quelli speciali, cioè previsti per singoli settori della commercializzazione tra professionisti e consumatori⁵³⁴.

In sede di recepimento della direttiva omnibus, tuttavia, sarebbe stato auspicabile non tanto e non solo che il legislatore nazionale prevedesse dei rimedi specifici ulteriori o diversi, quanto che definisse con chiarezza i presupposti applicativi dei rimedi già esistenti. Tuttavia, il legislatore ha largamente disatteso tale aspettativa, addossando ancora una volta all'interprete il compito di ricostruire i confini dei rimedi a disposizione dei consumatori.

Ad ogni modo, dalla disposizione europea di nuovo conio può comunque desumersi un dato: l'armamentario protettivo messo a disposizione dei consumatori lesi da pratiche sleali consta di rimedi, di diritto comune o speciali, che già ci sono.

Se allora il senso del comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo è quello di innalzare la soglia di protezione dei consumatori, sia lecito domandarsi se alla specificità del rimedio consegua un adattamento delle tecniche caducative o manutentive già in uso, proprio come si è cercato di fare in queste pagine⁵³⁵.

Come si è cercato di mostrare, tuttavia, le risposte sono variegate e non possono che assurgere a ipotesi interpretative, soprattutto laddove non suffragate dalle scelte del legislatore ovvero da una prassi giurisprudenziale in favore.

E ciò in quanto, a fronte dei numerosi contributi della dottrina in materia, il problema è approdato solo sporadicamente nelle aule di giustizia. Infatti, ancora oggi i consumatori raramente si sono rivolti all'Autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti: i costi elevati per accedere alla tutela giudiziaria mal si conciliano con i valori tendenzialmente esigui delle controversie; le normali incertezze legate agli esiti dei procedimenti giudiziari e la lentezza degli stessi scoraggiano l'iniziativa; le difficoltà

⁵³⁴ Sul tema, *funditus*, C. GRANELLI, *L'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE: Ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *Jus Civile*, 2, 2022.

⁵³⁵ Così, ad esempio, l'idea di una risoluzione da potersi invocare anche in sede stragiudiziale e in via unilaterale, comune a tutti i contratti conclusi tra consumatori e professionisti a valle di una pratica sleale.

probatorie che incombono su parte attrice, infine, non incentivano i consumatori a far valere le proprie pretese nelle aule di giustizia⁵³⁶.

Si è tentato, comunque, di fissare taluni punti fermi.

L'intera disciplina sulle pratiche commerciali scorrette - e del suo apparato rimediale - muove dal sottinteso di una validità del contratto stipulato sotto l'effetto di una pratica sleale.

E tuttavia, quando si sostiene che, ricorrendo tutti i presupposti di cui agli articoli 1434-1440 c.c., il contratto a valle è annullabile, quel che deve essere specificato è che questo contratto è annullabile perchè la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista sfocia in un vizio del consenso, e non perchè abbia una rilevanza autonoma a tali fini⁵³⁷. Passare per la prova di un vizio del consenso, infatti, rende inutile l'armamentario delle pratiche commerciali scorrette perchè, come si è cercato di chiarire, l'annullamento non sarebbe disposto a loro titolo, ma al ricorrere dei presupposti sanciti dal codice civile.

Così come del pari è necessario specificare che predicare la nullità del contratto a valle di una pratica sleale incontra un limite nel ritenere che il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette possa essere assimilato ad un principio di ordine pubblico, e che pertanto di nullità (anche di protezione) potrà dirsi solo al ricorrere di autonome ragioni (come, ad esempio, l'inserimento di clausole vessatorie), e non anche per il fatto in sé dell'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale.

Ciò che si è inteso sostenere, in definitiva, è che al ricorrere dei presupposti richiesti dalla legge per attivare un certo apparato rimediale a disposizione del consumatore, di

⁵³⁶ In taluni casi, inoltre, per i consumatori lesi da una pratica sleale non è stato nemmeno necessario ricorrere alla tutela giudiziaria. Nella vicenda dei c.d. diamanti da investimento, che ha visto coinvolti taluni operatori del settore che hanno promosso la commercializzazione dei preziosi presso la propria clientela presentandoli come investimento di beni rifugio in grado non solo di mantenere, ma addirittura di accrescere, il capitale investito, talune Banche coinvolte hanno posto in essere condotte riparatorie senza la necessità di una pronuncia del giudice, o restituendo il capitale investito ovvero accreditando alla clientela una somma parametrata sulla differenza tra capitale investito e valore dei preziosi.

I provvedimenti sanzionatori dell'AGCM nel caso richiamato – che hanno inibito la prosecuzione della pratica commerciale ritenuta ingannevole - sono i n. 26757 e n. 26758 del 20 settembre 2017, e sono stati confermati da Cons. Stato, 11 marzo 2021, sentenze n. 2082 e n. 2085.

⁵³⁷ Nel medesimo senso cfr. S. PAGLIANTINI, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, op. cit., p. 304.

diritto comune o di derivazione europea, questi potrà validamente esperire il rimedio ritenuto più consono al fine di contrastare l'effetto negativo della pratica sleale posta in essere in suo danno.

Rebus sic stantibus, residua comunque un interrogativo.

A fronte di uno spartito rimediale plurimo, anche alla luce dei rimedi elencati nel nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. consumo, *quid iuris* nel caso in cui una pratica commerciale sleale integri una fattispecie che, dandosene tutti i presupposti, cada sotto l'egida di un "altro rimedio", generale o speciale, a sua volta esperibile dal consumatore?

Sul presupposto che i rimedi di diritto comune rimangono sempre esperibili, la risposta all'interrogativo sembrerebbe risiedere nella libera scelta del consumatore, in nome del maggior effetto utile per il raggiungimento dei suoi interessi.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, e volendo tirare le fila del discorso anche sul nuovo comma 15-*bis* dell'art. 27 del cod. consumo, anzitutto sia consentito appurare che il trittico di rimedi ivi enumerato non può considerarsi tassativo e che, tra la ricostruzione della norma secondo una trama che farebbe primeggiare la tutela risarcitoria sui rimedi manutentivi o caducativi, ed una ricostruzione della norma che lascerebbe al risarcimento del danno il ruolo tanto di rimedio esclusivo quanto di rimedio cumulativo, sembrerebbe preferibile propendere per la seconda⁵³⁸.

Sul rimedio risarcitorio, tuttavia, ci si soffermerà *funditus* nel prossimo capitolo.

⁵³⁸ C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. Ind.*, 2020, p. 331 ss.

CAPITOLO IV

La protezione del consumatore tra rimedi risarcitori individuali e di classe, ed il *public enforcement*

SOMMARIO: 1. Responsabilità precontrattuale *ex art. 1337* cod. civile – 2. Il risarcimento del danno aquiliano *ex art. 2043* cod. civile – 3. L'azione di classe – 4. Metodi alternativi di soluzione delle controversie dei consumatori – 5. Il procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

1. Responsabilità precontrattuale *ex art. 1337* cod. civile

Appurata l'utilità limitata dei rimedi invalidanti, resta da sciogliere il nodo relativo alla possibilità, per il consumatore, di servirsi efficacemente del rimedio risarcitorio. È questa, in effetti, la soluzione prediletta dalla dottrina maggioritaria⁵³⁹.

In primo luogo occorre domandarsi se sia possibile immaginare una forma di tutela «a geometria variabile»⁵⁴⁰, che utilizzi, cioè, a seconda delle circostanze, la responsabilità precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale, o se sia necessario individuare un preciso rimedio con portata generale⁵⁴¹.

In verità, la possibilità di configurare un sistema di responsabilità variabile è stato oggetto di critica in relazione ad altri istituti, ed in particolare in riferimento all'abuso

⁵³⁹ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 775 s. G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Giuffrè Editore, 2014, E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 75 ss., G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, in *personaemercato.it*, 2011.

⁵⁴⁰ E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, *op. cit.*

⁵⁴¹ Così A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, *op. cit.*, cit. p. 329.

di dipendenza economica, essendo stato rilevato come a fronte di un divieto unitario il tipo di responsabilità dovrebbe essere unico⁵⁴².

Tuttavia tale ragionamento non sembra applicabile al sistema delle pratiche commerciali scorrette, comprendente una grande varietà di fattispecie tra loro eterogenee. Potrebbe pertanto sostenersi la sussistenza di una responsabilità di tipo contrattuale per i comportamenti del professionista adottati in corso di rapporto, di tipo precontrattuale nel caso in cui la condotta si inserisca nella fase delle trattative e infine di tipo extracontrattuale negli altri casi⁵⁴³.

Gli spazi per una responsabilità di tipo contrattuale risultano, però, alquanto ridotti; la dottrina ha avuto modo di rilevare come la responsabilità contrattuale sia configurabile solo per quelle pratiche sleali che, anche se rivolte ad una generalità di consumatori, si inseriscono all'interno di un rapporto contrattuale determinando una vera e propria inattuazione di prestazioni individuate in un titolo preesistente⁵⁴⁴. Alla luce di tali considerazioni è possibile rilevare come detti comportamenti costituiscano di per sé un inadempimento⁵⁴⁵, a prescindere dalla loro riconducibilità al divieto di pratiche commerciali scorrette, ragion per cui risulterebbe improprio ritenere la responsabilità contrattuale una forma di tutela contro la slealtà della pratica.

L'attenzione si sposta pertanto sulla responsabilità precontrattuale e sulla responsabilità extracontrattuale, poiché entrambe le forme di responsabilità potrebbero coesistere e trovare un proprio spazio applicativo.

A ben vedere, il richiamo alla responsabilità precontrattuale non è azzardato. D'altronde, come già a suo tempo sottolineato⁵⁴⁶, una pratica commerciale scorretta si presta ad essere considerata manifestazione di un comportamento contrario alla regola

⁵⁴² P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 501 ss.

⁵⁴³ In tal senso A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, op. cit.

⁵⁴⁴ A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, op. cit., cit. p. 329.

⁵⁴⁵ Si pensi, ad esempio, alla pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva di cui all'art. 26, lett. d), cod. consumo, per cui è vietato «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».

⁵⁴⁶ V. cap. I, par. 4.

della buona fede oggettiva, la cui violazione indirizza verso il rimedio del risarcimento del danno⁵⁴⁷. Per ribadire che la condotta sleale del professionista ben si può sostanziare in un comportamento contrario alla regola di correttezza e buona fede è sufficiente considerare che l'art. 20, co. 2, cod. consumo, qualifica come scorretta la pratica commerciale che è «contraria alla diligenza professionale» e «falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio», mentre l'obbligo di buona fede, sancito dall'art. 1337 cod. civile, costituisce «un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio»⁵⁴⁸; il che è esattamente il contrario del comportamento tenuto in forza di una pratica scorretta⁵⁴⁹.

Il richiamo all'art. 1337 cod. civile risulta altresì consentito se si considera, da un lato, che l'art. 19 cod. consumo, chiarendo la latitudine spazio-temporale della pratica commerciale, ammette che essa possa realizzarsi «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto» e, dall'altro, che l'obbligo di buona fede riguarda non solo la fase delle trattative (e dunque il “prima”), ma anche quella della «formazione del contratto»⁵⁵⁰ (e dunque il “durante”). Pertanto, se la pratica commerciale si è verificata nella fase antecedente o coincidente con la conclusione del contratto, pregiudicando la libertà di scelta del singolo individuo, questi può esercitare l'azione di cui all'art. 1337 cod. civile, chiedendo i danni per responsabilità precontrattuale⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Così U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit.

⁵⁴⁸ Sentenza Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462.

⁵⁴⁹ U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, op. cit., cit. p. 286.

⁵⁵⁰ L'art. 1337 cod. civile prevede espressamente che «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

⁵⁵¹ Nello stesso senso C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., S. ORLANDO, *sub art. 24-26*, in *Codice del Consumo – Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette ed azioni collettive*, a cura di G. VETTORI, Cedam, Padova, 2009, p. 106 ss.

La norma in questione, infatti, trova oggi applicazione anche al di fuori del ristretto campo della rottura ingiustificata delle trattative, applicandosi anche in presenza di un contratto validamente concluso.

Sul punto la dottrina si era mostrata incerta; alle opinioni di chi prospettava l'inconciliabilità tra responsabilità precontrattuale e stipula di un contratto valido⁵⁵², si contrapponevano quelle di chi riteneva esattamente l'opposto, facendo leva su numerose previsioni sparse nel codice civile a testimonianza del contrario⁵⁵³. Tuttavia la questione è stata risolta dalla giurisprudenza di legittimità con le sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007 che, affermando la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, nondimeno prevedono che «la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto»⁵⁵⁴. In tale ipotesi, il risarcimento deve essere commisurato al «minor vantaggio», ovvero al «maggior aggravio economico» che è stato prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede,⁵⁵⁵ con conseguente rivisitazione dei criteri di quantificazione tradizionali, non più meramente ristretti nel concetto di «interesse negativo»⁵⁵⁶.

Sicuramente merita attenzione quella dottrina che ha individuato nel rimedio risarcitorio *ex art. 1337 cod. civile* un efficace strumento di tutela contro le pratiche commerciali scorrette poste in essere dal professionista, constatando che, nell'ambito delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 22 cod. consumo, il legislatore ha imposto,

⁵⁵² Sul punto, ad es., G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1964, p. 365, V. FRANCESCHELLI, *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo (in margine ad un recente libro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1983, p. 275.

⁵⁵³ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2012, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1956.

⁵⁵⁴ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.

⁵⁵⁵ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit. Nella dottrina F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici individuali e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. CENDON e C. PONCIBÒ, Giuffrè Editore, 2014, cit. p. 418.

⁵⁵⁶ Così C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., cit. p. 781.

a favore del consumatore, obblighi specifici di informazione a carico del professionista⁵⁵⁷. L'art. 22 cod. consumo, rileva tale dottrina, impone al professionista precisi obblighi di informazione quali: l'obbligo di indicare «l'intento commerciale della pratica», se detto intento non risulta «già evidente dal contesto» (art. 22, co. 2, cod. consumo), l'obbligo di fornire, in caso di invito all'acquisto, le informazioni specificatamente indicate dall'art. 22, co. 4, cod. consumo, l'obbligo, di carattere generale, di fornire tutte le «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno», nei diversi contesti, «per prendere una decisione consapevole di natura commerciale» (art. 22, co. 1, cod. consumo). A ciò si aggiunga che un preciso obbligo di informazione grava sul professionista anche in forza dell'art. 21, co. 3, cod. consumo ove è sancito l'obbligo di dare notizia dell'eventuale circostanza che il prodotto è suscettibile di «porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori». Dunque, secondo la dottrina citata, dal combinato disposto degli artt. 21 e 22 cod. consumo, emerge un obbligo di informazione gravante sul professionista in favore del consumatore, la cui violazione legittima il singolo ad esperire il rimedio del risarcimento del danno ex art. 1337 cod. civile⁵⁵⁸.

Nonostante sia possibile, ed abbiamo cercato di chiarirlo, riconoscere un autonomo spazio applicativo alla responsabilità precontrattuale, sono «considerazioni di ordine sistematico» ad impedire di ricondurre l'intero fenomeno delle pratiche scorrette nei confini, ad oggi ancora abbastanza ridotti, della responsabilità per mala fede nelle trattative contrattuali⁵⁵⁹. La normativa sulle pratiche sleali è infatti costruita senza un riferimento necessario al momento di conclusione del contratto, ed anzi prescinde non solo dal fatto che il singolo consumatore si determini all'acquisto, ma anche dal fatto

⁵⁵⁷ In questo senso C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit., F. LUCCHESI, *sub art. 20-23*, in *Codice del Consumo – Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette ed azioni collettive*, a cura di G. VETTORI, Cedam, Padova, 2009.

⁵⁵⁸ Così C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, op. cit., p. 784, l'A. aggiunge che in violazione del generale obbligo di informazione trovi applicazione, accanto al rimedio risarcitorio, anche il rimedio invalidante di cui all'art. 1439 cod. civile.

⁵⁵⁹ Così A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, op. cit., cit. p. 331.

che questo intraprenda, con successo o meno, una vera e propria trattativa con il professionista⁵⁶⁰.

Infine, deve escludersi che la qualificazione di una pratica commerciale come scorretta, ai sensi degli artt. 20 e seguenti del cod. consumo, comporti automaticamente la contrarietà a buona fede del relativo comportamento⁵⁶¹. Ciò sarà forse ipotizzabile, ai fini dell'art. 1337 cod. civile, per le condotte suscettibili di essere ricomprese nelle liste nere di cui agli artt. 23 e 26 del cod. consumo, sempre che di tali condotte si possa affermare che siano state tenute «nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto», ma il discorso sarà diverso per le pratiche che dovessero risultare scorrette in applicazione degli artt. 20-22 e 24-25 cod. consumo⁵⁶². In queste ultime ipotesi, infatti, l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore dovrà essere accertata con riferimento al parametro del consumatore medio, ma tale parametro non sembra utilizzabile per valutare se il comportamento tenuto dal professionista nei confronti del singolo consumatore, che abbia eventualmente esercitato l'azione risarcitoria ex art. 1337 cod. civile, sia stato o meno conforme a correttezza e buona fede⁵⁶³.

2. Il risarcimento del danno aquiliano ex art. 2043 cod. civile

Poiché, come precedentemente osservato, sarebbe alquanto riduttivo ricondurre il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette ad un insieme di regole che attengono per lo più alla fase delle trattative negoziali, la tutela individuale contro la slealtà delle pratiche commerciali sembra assumere le caratteristiche proprie della responsabilità di

⁵⁶⁰ In questo senso A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, op. cit., ed anche G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli, 1990, p. 406 ss.

⁵⁶¹ Così G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, op. cit.

⁵⁶² G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori* (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2, 4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n.221), op. cit., cit. p. 1115- 1116.

⁵⁶³ Così G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, op. cit., cit. p. 130.

tipo extracontrattuale⁵⁶⁴. D'altronde ciò consente, anche a prescindere da un rapporto precontrattuale o da una trattativa negoziale tra consumatore e impresa, di riconoscere il diritto al risarcimento del danno sofferto dal singolo consumatore⁵⁶⁵.

La pretesa risarcitoria di cui all'art. 2043 cod. civile, come noto, impone la prova:

- a) dell'elemento psicologico doloso o colposo dell'agente
- b) del danno ingiusto subito
- c) del nesso causale tra il danno lamentato e la condotta censurata

Secondo quanto prescritto dall'art. 2697 cod. civile è l'attore, e dunque il consumatore, a dover dimostrare i fatti costitutivi dell'illecito, essendo inapplicabile, come giustamente ha rilevato la dottrina⁵⁶⁶, la regola che opera per il procedimento davanti all'AGCM per cui è il professionista a dover provare che non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto negativo della pratica da lui posta in essere sui consumatori (art. 27, co. 5, cod. consumo).

Al riguardo, utili spunti possono essere tratti dal campo del risarcimento del danno conseguente a comportamenti anticoncorrenziali vietati ai sensi della l. n. 287/1990⁵⁶⁷ a tutela della concorrenza e del mercato. In tale ambito, com'è noto, le azioni risarcitorie sono distinte tra c.d. *follow-on actions* e c.d. *stand-alone actions*, a seconda che esse prendano le mosse o meno dal previo accertamento dell'illecito da parte dell'AGCM o della Commissione⁵⁶⁸. La distinzione non è ovviamente fine a se stessa; avviare il contenzioso dinanzi al giudice ordinario solo a seguito dell'azione

⁵⁶⁴ Così A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, op. cit., cit. p. 332. Nello stesso senso F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici individuali e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, op. cit., L. GILBERTI, *Il danno da pratica commerciale scorretta*, op. cit., C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵⁶⁵ Cfr. G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, op. cit.

⁵⁶⁶ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵⁶⁷ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, in G.U. del 13 ottobre 1990, n. 240.

⁵⁶⁸ Sul punto C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 13 ss., M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014, p. 489 ss.

amministrativa dell'AGCM (*follow-on action*) comporterà per la parte attrice un indiscutibile vantaggio in termini di onere della prova⁵⁶⁹.

Pertanto, replicare il medesimo distinguo in materia di illecito consumeristico significherebbe alleggerire l'onere della prova della scorrettezza della pratica commerciale che grava sul consumatore; così, laddove sia già intervenuta l'AGCM ad accertare il carattere illegittimo del comportamento tenuto dal professionista, potrebbe ritenersi sufficiente, per ritenere integrata la prova della scorrettezza, allegare nell'atto di citazione il provvedimento inibitorio o sanzionatorio adottato dall'Autorità stessa, cui dovrebbe pertanto riconoscersi valore di prova privilegiata⁵⁷⁰. Tale ipotesi ricostruttiva sembra trovare un appiglio nella giurisprudenza del giudice di merito che, nell'ambito di un giudizio risarcitorio per atto di concorrenza sleale ex art. 2598, co.1, n. 3 cod. civile, ha di fatto attribuito rilevanza alla circostanza che l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario oggetto del giudizio fosse stata già accertata dall'AGCM⁵⁷¹.

Tanto sembra trovare riscontro anche nelle pronunce della Corte di Cassazione, che però sul punto si è mostrata più cauta.

In un caso relativo al risarcimento per danni conseguenti alla pubblicità ingannevole realizzatasi con l'uso della dicitura "*light*" sui pacchetti di sigarette, la Suprema Corte ha stabilito 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

⁵⁶⁹ Si può leggere chiaramente in Sentenza Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, che «la decisione dell'Autorità Garante o dei giudici amministrativi, che definitivamente confermano o riformano tale decisione, riveste un ruolo significativo nell'accertamento dell'intesa, della pratica concordata o dell'abuso di posizione dominante, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso».

⁵⁷⁰ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵⁷¹ Sul punto Trib. Milano, sez. proprietà industriale ed intellettuale, 2 aprile 2013, n. 4500, che rileva come «il giudice civile, pur non sentendosi in alcun modo vincolato alle decisioni di un organo di garanzia, possa tuttavia fare riferimento alle decisioni dello stesso quale valutazione proveniente da un ente qualificato e in particolare fare riferimento al giudizio espresso circa la violazione delle regole di concorrenza sul mercato per dare un contenuto alla previsione di cui all'art. 2598 n. 3 cod. civile, circa la non conformità "ai principi della concorrenza professionale"».

sufficientemente motivata dal giudice”⁵⁷². La dottrina non ha mancato di sottolineare la pertinenza di siffatte affermazioni nell’ambito della fattispecie della pubblicità, ma, proprio per questo, ne ha rilevato l’inidoneità ad essere applicate all’intera disciplina delle pratiche sleali⁵⁷³.

Qualora invece il procedimento amministrativo *ex art. 27 c.cons.* non sia sfociato nell’adozione di un provvedimento di accertamento dell’illecito amministrativo e dunque sanzionatorio, ma si sia chiuso con l’accettazione, da parte dell’AGCM, degli impegni presentati dal professionista coinvolto, gli elementi di prova acquisiti nel corso dell’istruttoria svolta, pur non potendo assurgere a prova privilegiata, possono certamente essere posti dal giudice a fondamento della decisione⁵⁷⁴.

In ogni caso, accertata la scorrettezza della pratica commerciale, andranno provati gli ulteriori elementi costitutivi dell’illecito propri dell’art. 2043 cod. civile.

Per quanto concerne la prova della colpevolezza, la dottrina ha proposto l’applicazione di una presunzione quale quella di cui all’art. 2600, co.3, cod. civile, secondo cui «accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume»⁵⁷⁵. Sul punto però, la Cassazione offre una soluzione più rigida e meno favorevole al consumatore poiché afferma che «il consumatore non assolve il suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare [...] (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità»⁵⁷⁶. Poiché tale statuizione è inserita nella decisione sopra citata, sembra possibile ritenere che la stessa presenti i medesimi limiti, in ordine alla portata applicativa, già segnalati in precedenza, e dunque possa valere, al più, nel solo ambito della pubblicità.

⁵⁷² Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Resp. Civ. e prev.*, 4/2009, p. 800 ss. con nota di G. BUFFONE, *La dicitura “light” è ingannevole: risarcibili i danni al consumatore di sigarette*.

⁵⁷³ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit.

⁵⁷⁴ Anche in tale ipotesi, in modo analogo a quanto accade nei giudizi risarcitori promossi a fronte del compimento di illeciti anticoncorrenziali: cfr. Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381

⁵⁷⁵ Così A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 424 ss., in cui l’A. afferma che «se non si vuole applicare in via analogica la presunzione di cui all’art. 2600, co.3, cod. civile, è in ogni modo da ritenere che l’elemento psicologico finisca col coincidere nell’assoluta maggioranza dei casi con il carattere scorretto della pratica».

⁵⁷⁶ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794.

In verità, in merito alla colpevolezza, si può ragionare in due modi, che però conducono allo stesso risultato. Si può osservare che l'approfittamento rappresenti un sufficiente elemento di colpevolezza⁵⁷⁷. D'altronde l'impresa, che per via di disinformazione o di pressione provoca una decisione di natura commerciale non libera o non consapevole, pone in essere una pratica scorretta indipendentemente da qualsiasi intenzionalità del professionista⁵⁷⁸. Ciò che rileva è infatti che il meccanismo della domanda e dell'offerta, e pertanto la formazione dell'accordo, sia alterato; in quanto l'impresa ne profitta, per ciò solo si trova in una posizione di scorrettezza, senza necessità di indagare se ciò avvenga in forza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Inoltre, si può osservare che l'impresa è soggetto tipico di rischio, e questo solo può bastare a giustificare un collegamento non colposo, ma meramente oggettivo alla responsabilità⁵⁷⁹. Pertanto la colpa potrebbe ritenersi *in re ipsa* una volta appurato che la pratica rientri in una delle *black list* o che comunque, per le sue specifiche finalità o modalità, possa ritenersi sleale⁵⁸⁰.

Con riferimento al «danno ingiusto» non sembra revocabile in dubbio che la disciplina repressiva delle pratiche scorrette sia espressiva, da un lato, della loro antigiusuridicità, e dall'altro, dell'ingiustizia del relativo pregiudizio, in quanto lesivo di un interesse del consumatore rilevante e protetto⁵⁸¹.

Tale interesse è stato individuato nel c.d. «diritto all'autodeterminazione consumeristica»⁵⁸², consistente nel «diritto ad assumere liberamente una decisione di natura commerciale e, più in generale, nel fondamentale diritto, riconosciuto dall'art. 2, co. 2, cod. consumo, ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità,

⁵⁷⁷ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

⁵⁷⁸ Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit. Nello stesso senso G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, op. cit., il quale afferma che «deve escludersi che allo stato soggettivo del professionista possa essere attribuita rilevanza ai fini della qualificazione di una pratica commerciale in termini di «scorrettezza» ai sensi dell'art. 20, co.2, cod. consumo».

⁵⁷⁹ Così A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

⁵⁸⁰ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit..

⁵⁸¹ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, op. cit.

⁵⁸² Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794

nonché all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà»⁵⁸³.

Sembra non potersi più revocare in dubbio, inoltre, che la lesione di siffatto interesse costituisca un "danno ingiusto", nel senso di cui all'art. 2043 c.c., anche alla luce della esplicita previsione contenuta nel comma 15-bis dell'art. 27 cod.consumo⁵⁸⁴.

Detto diritto sembra peraltro riconducibile al più generale diritto al corretto funzionamento del mercato, riconosciuto sia dalla Corte di Giustizia⁵⁸⁵, sia dalla giurisprudenza della Cassazione che lo ha posto alla base dell'azione risarcitoria *antitrust*⁵⁸⁶.

Ulteriore questione, nella ricostruzione della disciplina del risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civile, attiene all'indagine sul nesso causale esistente tra il comportamento sleale dell'impresa e la lamentata lesione del consumatore. Al riguardo la dottrina⁵⁸⁷, similmente a quanto accade in materia *antitrust* per il rapporto tra intese illecite fra imprese e contratti a valle conclusi con i consumatori⁵⁸⁸, ha suggerito di ritenere sussistente il nesso causale desumendolo dal solo fatto dell'esistenza della stipulazione del contratto, non voluto o auspicato a condizioni diverse, da configurarsi quale diretta conseguenza della realizzazione della pratica scorretta. In questo modo verrebbe addossato al professionista convenuto l'onere di

⁵⁸³ Così, espressamente, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., cit. p. 782. Nello stesso senso F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici individuali e le pratiche commerciali scorrette*, op. cit., C. E. CAZZATO, *Il danno da pratiche commerciali scorrette*, op. cit., cit. p. 482.

⁵⁸⁴ Nello stesso senso G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. *Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, op. cit., il quale altresì rileva che «l'interesse dei consumatori ad assumere decisioni di natura commerciale consapevoli, informate, libere e spontanee» costituisce certamente un interesse meritevole di tutela e protezione, «ancorché debba (ancor oggi) escludersi, a nostro avviso, che tale tutela si sostanzi nel riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo».

⁵⁸⁵ Sentenza CG, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal...si laghi e chiedi i danni"*, in *Foro Italiano*, 2002, IV, p. 75 ss.

⁵⁸⁶ Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, con commento di PALMIERI e PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro Italiano*, 2005, I, p. 1015 ss. La Suprema Corte individua tale diritto nel «godere dei benefici della competizione commerciale».

⁵⁸⁷ F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici individuali e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, op. cit., C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., C. E. CAZZATO, *Il danno da pratiche commerciali scorrette*, op. cit.

⁵⁸⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

dimostrare la sussistenza di fattori causali diversi, in grado di per sé a produrre il danno⁵⁸⁹.

Per quanto attiene, infine, alla quantificazione del danno subito dal consumatore, visto il valore tendenzialmente esiguo delle controversie in materia di pratiche scorrette, non si registra una particolare attenzione di dottrina e giurisprudenza. In ogni caso, sembra ragionevole ritenere che il danno risarcibile possa farsi coincidere con il danno emergente ed il lucro cessante, nonché con l'eventuale danno non patrimoniale⁵⁹⁰. Quest'ultimo è stato individuato dalla Suprema Corte, nell'ambito del danno da fumo indotto da pubblicità ingannevole, nel danno alla salute, nella lesione del diritto «all'autodeterminazione consumeristica» e nel disagio conseguente alla scoperta di essere stato indotto a tenere una condotta pericolosa⁵⁹¹.

Per concludere sul punto è possibile rilevare come, seppur nell'ottica di governo delle logiche di mercato, la normativa in esame fonda in capo al consumatore un interesse giuridicamente rilevante a non subire pratiche scorrette. La lesione di tale interesse si rivela sicuramente ingiusta e sussiste sia quando il consumatore è indotto dalla pratica scorretta a stipulare un contratto non voluto, sia quando è indotto a stipulare a condizioni diverse da quelle auspiccate, sia, infine, quando è costretto a rinunciare al contratto a causa della condotta sleale del professionista⁵⁹².

È pertanto il rimedio risarcitorio a costituire il più generale strumento di reazione individuale contro le pratiche scorrette, adattandosi più facilmente alle circostanze del caso concreto e proteggendo comunque la sfera giuridica del consumatore.

Appare superfluo aggiungere che lo strumento risarcitorio può affiancarsi a quelli di carattere generale quali la nullità, anche di protezione, l'annullabilità, il recesso, ecc.,

⁵⁸⁹ A tal proposito è da considerare che la Suprema Corte, sempre nell'ambito della pronuncia resa in materia di pubblicità ingannevole (Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794), ha affermato che spetta all'attore l'onere di provare il nesso causale tra il comportamento sleale ed il danno lamentato.

⁵⁹⁰ Così C. E. CAZZATO, *Il danno da pratiche commerciali scorrette*, op. cit., cit. p. 483.

⁵⁹¹ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794. Parte della dottrina, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., suggerisce, seguendo la prospettiva della Cassazione, che il danno non patrimoniale possa venire riconosciuto in molti casi di pratiche commerciali aggressive.

⁵⁹² Così G. TADDEI ELMI, *I rimedi: tutela amministrativa e giurisdizionale. L'autodisciplina* (art. 27 – 27 quater cod. consumo), in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. VETTORI, Cedam, 2013, cit. p. 263.

ma solo se il caso concreto consenta di rilevare i presupposti prescritti per il loro esercizio⁵⁹³.

3. L'azione di classe

La tutela dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta passa anche attraverso la tutela collettiva.

A seguito delle modifiche normative introdotte dalla L. 12.4.2019, n. 31, l'istituto della *class action* non è più regolato dal Codice del consumo⁵⁹⁴, ma ha trovato collocazione nel Codice di procedura civile, nel quale è stato introdotto nel Libro IV, in un apposito Titolo (VIII-bis) dedicato ai procedimenti collettivi.

La scelta sistematica compiuta dal legislatore è motivata dalla volontà di estendere il campo di applicazione della *class action*, ampliando le categorie di soggetti che possono utilizzare tale istituto e le situazioni giuridiche che possono essere oggetto di tutela.

Ed infatti, nonostante sia stata definita “grottesca”⁵⁹⁵, la collocazione dell'istituto all'interno del codice di rito ha condotto a ritenere l'azione di classe un rimedio di

⁵⁹³ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, op. cit., p. 781, ove l'A. sottolinea che «il singolo consumatore può esercitare l'azione risarcitoria ex art. 2043 cod. civile, a prescindere dall'aver promosso anche, ad esempio, un'azione di annullamento del contratto, ricorrendone i presupposti, oppure dall'aver esercitato il diritto di recesso».

⁵⁹⁴ Per una disamina sull'azione di classe sia consentito rinviare A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; P. BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Trimestrale Diritto e Proc. Civile*, 2008, p. 1373; N. TROCKER, *Class Action negli USA - e in Europa?*, in *Contratto Impresa e Europa*, 2009, p. 178. Sulla versione modificata dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140 cod. consumo si vedano M. BOVE, *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2011, p. 83; ID., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2010, p. 1015; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2010, p. 149; R. CAPONI, *Azione di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro Italiano*, 2012, V, 149; C. CONSOLO, *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giuridico*, 2009, p. 1297; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro Italiano*, 2009, V, p. 388; G. COSTANTINO, C. CONSOLO, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2010, p. 1015; R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011.

⁵⁹⁵ (In questi termini C. CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it, 2019.

carattere generale, non più limitato alla disciplina dei consumatori, e ciò nel tentativo di rendere l'azione di classe uno strumento di tutela soprattutto di quei diritti che, per varie ragioni, rischiano di non essere tutelati in forma individuale. Si pensi, ad esempio, alla tutela di quei diritti che, per la loro scarsa rilevanza economica, non vengono quasi mai attivati dai rispettivi titolari, del tutto disincentivati dai costi necessari per agire giudizialmente.

L'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'azione di classe si è rivelata, sin dagli albori, alquanto complessa. A conferma di ciò sia sufficiente rilevare il lungo periodo di *vacatio legis* che ha accompagnato la sua entrata in vigore⁵⁹⁶, come già avvenuto con la precedente versione introdotta nel codice del consumo (normativa allora profondamente modificata proprio ancora prima di entrare in vigore).

Il primo comma dell'art. 840 *bis* c.p.c., in combinato disposto con il quarto comma, anzitutto sancisce il carattere alternativo e complementare dell'azione di classe rispetto all'azione individuale, nel senso che l'azione di classe non pregiudica comunque la possibilità, per il titolare del diritto, di agire con un'ordinaria azione individuale⁵⁹⁷.

Come già chiarito dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 140 *bis* cod. consumo, infatti, l'azione di classe non crea nuovi diritti, ma disciplina soltanto un nuovo mezzo di tutela; l'azione di classe semplicemente si aggiunge alle azioni individuali già spettanti ai singoli consumatori od utenti, i quali, quindi, rimangono liberi di agire con i mezzi di tutela individuale preesistenti⁵⁹⁸. L'azionabilità del diritto secondo le forme individuali non è limitata neppure dalla dichiarazione di inammissibilità dell'azione di classe, stante il carattere non decisorio di tale provvedimento⁵⁹⁹.

Sempre il primo comma prevede che l'azione di classe possa essere promossa per tutelare i "diritti individuali omogenei". Tale norma individua così l'ambito oggettivo

⁵⁹⁶ L'entrata in vigore della nuova disciplina prevista dalla L. 12.4.2019, n. 31 e successive modifiche, per il 19 novembre 2020, è stata ulteriormente posticipata dal D.L. 9.11.2020, n. 149, al 19 maggio 2021. Nel periodo transitorio ha continuato a trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo (D.Lgs. 6.9.2005, n. 206).

⁵⁹⁷ A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2019, p. 157.

⁵⁹⁸ Tribunale Torino, Sez. I, Ordinanza, 27/05/2010, in *Il caso.it*, 2010.

⁵⁹⁹ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 23/10/2018, n. 26725 (rv. 650908-01).

di applicazione dell'azione di classe e, allo stesso tempo, individua l'unico requisito per l'individuazione della "classe".

In effetti, un tratto distintivo della disciplina italiana, a differenza di quella statunitense, è l'assenza di qualsivoglia preventiva definizione dei requisiti della classe, fra i quali, in particolare, la c.d. *numerosity*, ossia i livelli minimi di estensione quantitativa della classe⁶⁰⁰.

Come detto, l'unico requisito per la formazione della classe (e, quindi, allo stesso tempo di utilizzabilità dell'azione collettiva) è rappresentato dalla omogeneità dei diritti.

Tale requisito viene ripreso integralmente dalla previgente disciplina consumeristica, anche se, per vero, in un primo tempo, l'art. 140 *bis* cod. consumo faceva riferimento esclusivamente ai "diritti individuali identici". Tuttavia, a partire dal 2012 il legislatore ha modificato la norma, optando per un'interpretazione estensiva, e così ha fatto espresso riferimento alla nozione di omogeneità dei diritti.

Sono dunque tutelabili con l'azione di classe tutti i diritti che nascono da un medesimo fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale), a prescindere dalle differenze in termini di danno causato ai singoli. Il danno, tuttavia, deve risultare determinabile secondo criteri uniformi⁶⁰¹.

In altri termini, l'omogeneità dei diritti è individuata essenzialmente dalla comunanza della *causa petendi* (ossia delle ragioni di fatto e di diritto che fondano la domanda), a prescindere dal *petitum* immediato della domanda⁶⁰².

⁶⁰⁰ Prerequisito che invece caratterizza l'incipit della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitense (ossia la norma cardine in tema di azioni di classe).

⁶⁰¹ In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Corte d'Appello Milano, Sez. II, Ordinanza, 03/03/2014, in *Foro.it*, 2014, 1, 5, 1619, la quale ha stabilito che: "Nell'azione di classe l'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti, accertata nella fase di ammissibilità in cui non rilevano questioni relative alla prova del quantum, si ravvisa nel caso in cui la fonte del danno sia comune per tutti e la quantificazione del risarcimento appaia effettuabile in base a criteri uniformi".

⁶⁰² V. nota precede. Ad ogni modo, rileva A. GIUSSANI, *L'edizione definitiva dei Principles of the Law of Aggregate Litigation da parte dell'American Law Institute*, in *Rivista Diritto e Procedura*, 2012, 427, che la scelta del legislatore denota ancora una volta l'impreciso recepimento del modello di riferimento. Ed infatti, la *Rule 23* statunitense, nell'individuare i requisiti di omogeneità fra le situazioni individuali, fa riferimento a "*questions of law or fact common to the class*", lasciando intendere come il concetto di comunanza sia rappresentato da una comunanza anche processuale. È Probabile, quindi, che sarebbe stato preferibile fare riferimento ad una nozione simile a quella statunitense, già conosciuta nel nostro

Il terzo comma del nuovo articolo 840 *bis* c.p.c., pur non individuando espressamente dei limiti oggettivi di applicazione dell'azione di classe, prevede che quest'ultima azione possa essere esercitata per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Non è chiaro se tale inciso di fatto limiti l'esperimento dell'azione di classe alle sole azioni di condanna, escludendone l'uso, ad esempio, per le azioni di impugnativa contrattuale (nullità, annullamento, rescissione e risoluzione). Da tale angolo prospettico, la norma è certamente ambigua. Da un lato, il riferimento alle "restituzioni" offre lo spunto per estendere l'applicazione dell'azione di classe anche alle domande di condanna derivanti da ripetizioni di indebito (quindi anche se occasionate da vizi contrattuali e non da veri e propri inadempimenti). Dall'altro, però, il riferimento alla responsabilità e alla condotta lesiva sembrerebbe limitare l'ambito di applicazione alle sole domande risarcitorie in senso proprio.

Senza alcun dubbio il legislatore avrebbe potuto chiarire con maggior precisione tale aspetto, posto che l'incertezza connotava già la previgente disciplina dell'art. 140 *bis* cod. consumo.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, l'attuale disciplina dell'azione di classe presenta significative innovazioni rispetto a quella dapprima contenuta nel codice del consumo. La legittimazione ad agire, infatti, è attribuita in via alternativa ai singoli componenti della classe (anche se non consumatori, ovviamente, stante l'estensione dell'azione anche al di fuori dei rapporti di consumo) e ad associazioni o organizzazioni - non necessariamente riconosciute - i cui obiettivi statuari comprendano anche la tutela dei diritti individuali omogenei.

La norma è particolarmente innovativa, in quanto, a differenza della previgente azione di classe consumeristica (in cui le associazioni e le organizzazioni non avevano una legittimazione ad agire diretta, ma potevano solo rappresentare processualmente i componenti della classe) e nel chiaro intento di potenziare uno strumento di tutela

codice di rito, laddove, ad esempio, nell'103 c.p.c. riconosce la possibilità di agire congiuntamente qualora la decisione dipenda, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni.

finora rimasto alquanto sottoutilizzato, gli enti esponenziali, associazioni e organizzazioni appunto, hanno un vero e autonomo diritto di azione⁶⁰³.

Per quanto concerne la legittimazione passiva, analogamente a quanto già previsto dal codice del consumo, l'azione di classe può essere promossa esclusivamente nei confronti di una "impresa" o di un gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, se autori della condotta lesiva⁶⁰⁴.

Senza dilungarsi troppo in una disamina di dettaglio della disciplina procedurale, si tenterà di rassegnare qualche riflessione sulla disciplina contenuta negli artt. 840 *bis* e seguenti del c.p.c., definiti come "autentico *patchwork* processuale"⁶⁰⁵, anche in riferimento ai costanti richiami agli artt. 702 *bis* e seguenti c.p.c. sul procedimento sommario di cognizione, ormai abrogati e da intendersi sostituiti con gli artt. 281-*undecies* e seguenti c.p.c. sul procedimento semplificato di cognizione.

Un *patchwork* ancor più aggravato dall'introduzione della azione di classe europea, di cui agli articoli 140-ter e seguenti del cod. consumo, colmi di continui e selettivi rinvii agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. sulle azioni collettive.

⁶⁰³ Nella vigenza dell'azione ex art. 140 *bis* cod. consumo, era incerto il corretto inquadramento del ruolo delle associazioni, con conseguente incertezza circa la possibilità di un esercizio congiunto (da parte dell'associazione e del membro della classe) della stessa azione: ad esempio, secondo il Tribunale di Torino si sarebbe dovuta escludere la legittimazione multipla e congiunta, in quanto la rappresentanza attribuita alle associazioni e ai comitati andrebbe inquadrata proprio nell'art. 77 c.p.c. e, pertanto, l'esercizio dell'azione da parte dei membri della classe precluderebbe analogo esercizio da parte delle associazioni (cfr. Tribunale Torino, Sez. I, Ordinanza, 28/04/2011, in *Foro Italiano*, 2011, 2, 6, p. 1888). Invece, secondo Corte d'Appello Torino, Sez. I, Ordinanza, 23/09/2011, n. 1072, in *Giur. It.*, 2012, p. 1389, sarebbe ammissibile una legittimazione congiunta, in quanto la rappresentanza attribuita alle associazioni sarebbe autonoma e diversa rispetto a quella delineata dall'art. 77 c.p.c.

Alla luce della normativa attuale la questione appare ormai superata; posta la legittimazione autonoma (e quindi concorrente) delle associazioni rispetto a quella dei componenti della classe, appare possibile ammettere l'esercizio congiunto dell'azione, ferme, ovviamente, le disposizioni di cui all'art. 840 *quater* in tema di pluralità di azioni di classe.

⁶⁰⁴ Deve ritenersi che la nozione di impresa rilevante ai fini dell'azione di classe, indipendentemente dalla tipologia dei diritti azionati, sia quella elaborata a livello comunitario, nozione, quindi, molto ampia, come, ad esempio, quella contenuta nell'ottavo comma dell'art. 1, Dir. 31.3.2004, n. 2004/18/CE del, secondo cui i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi", definizione poi testualmente ripresa anche nel D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 (codice degli appalti), attuativo della medesima direttiva.

⁶⁰⁵ A.M. TEODOLDI, *Next generation e rimedi collettivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 1 aprile 2024, p. 367.

Giova anzitutto sottolineare come i rimedi collettivi abbiano avuto scarsa diffusione nel nostro Paese, non solo per l'architettura farraginosa che li sorregge, ma anche per una certa retrosia culturale rispetto a istituti che mandano in breccia le tradizionali categorie civilistiche e processuali, incentrate sulla bilateralità del rapporto giuridico sostanziale e della *res in iudicium deducta*.

Lo scarso riscontro pratico può altresì ricondursi alla scelta di affidare l'azione di classe del codice di rito alla scelta dell'*opt in* anziché dell'*opt out*, come avviene invece, di regola, nel modello statunitense. Dunque, si considera necessaria, in quanto connessa ai tradizionali limiti soggettivi del giudicato ex art. 2909 c.c., l'adesione del singolo all'azione di classe, pena l'inopponibilità del giudicato collettivo che verrà a formarsi.

La praticabilità economica dell'azione di classe si basa sul sistema del *contingent fee reward*: l'operatore razionale è indotto ad agire nella prospettiva di profitti, in caso di successo, di gran lunga superiori ai costi. Tuttavia, la disciplina dell'azione di classe è scarsamente appetibile sul piano delle spese legali e peritali, considerate le complesse attività necessarie per la preparazione, la pubblicità e per il buon esito dell'azione di classe.

La reale efficacia deterrente di tali tipi di rimedi, inoltre, è ulteriormente esclusa dalla presenza di forme di *punitive damages*, ritenute da taluni "indispensabili"⁶⁰⁶ allo scopo di accordare autentica efficacia deterrente ai rimedi collettivi di *private enforcement*, che spesso concernono danni individualmente irrisori (c.d. *small claims*), finanche difficilmente identificabili e quantificabili, soprattutto se si insiste nell'adottare i criteri canonici di cui agli artt. 1223 e 1226 c.c. sulla causalità giuridica e sulla liquidazione equitativa, per i danni cagionati da violazioni plurioffensive.

Altresì, è stato a più riprese sottolineato come l'exasperata volontà di ancorare l'ammissibilità dell'azione di classe ad un rigido riscontro della omogeneità dei diritti finisca col condurre a numerose pronunce di inammissibilità.

Dunque, decorsi tre anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina del codice di rito, le azioni collettive intentate sono veramente esigue, e sortiscono in esiti di aprioristica

⁶⁰⁶ A.M. TEODOLDI, *Next generation e rimedi collettivi*, op. cit., p. 367.

inammissibilità. Sicché difficoltà di gestione, costi, alie e incertezze applicative ne rendono veramente poco incentivato il ricorso.

4. Metodi alternativi di soluzione delle controversie (tra professionisti e consumatori)

Le controversie i cui protagonisti sono i consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette difficilmente vengono portate nelle aule di giustizia; nel caso di acquisto di beni di consumo, il cui valore è generalmente molto basso, infatti, il consumatore, pur essendosi accorto di essere stato ingannato, raramente ricorrerà al giudice.

Per risolvere le liti di consumo appare allora preferibile ricorrere a procedure alternative di risoluzione (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), che presentano il vantaggio di offrire una soluzione veloce, semplice ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti.

Il provvedimento che introduce in Italia una nuova disciplina delle procedure ADR è il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 che ha recepito la direttiva 2013/11/UE⁶⁰⁷. La Direttiva sull'ADR per i consumatori prevede alcuni obblighi per gli Stati Membri. Il singolo Stato Membro deve fornire una serie di meccanismi stragiudiziali per la risoluzione delle controversie dei consumatori in diversi settori (sono esclusi i servizi di assistenza sanitaria e agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua) che devono soddisfare gli *standard* di qualità previsti dalla direttiva stessa. Restano escluse dall'ambito di applicazione della direttiva le procedure di reclamo dei consumatori gestiti dal professionista⁶⁰⁸, la negoziazione diretta tra consumatore e professionista⁶⁰⁹ e le controversie tra professionisti⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)

⁶⁰⁸ Art. 2, co. 2, lett. b), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁰⁹ Art. 2, co. 2, lett. e), direttiva 2013/11/UE.

⁶¹⁰ Art. 2, co. 2, lett. d), direttiva 2013/11/UE.

In capo ai professionisti vi è l'obbligo di informare i consumatori su quali organismi ADR possono essere aditi per trattare eventuali controversie che possano sorgere dal rapporto contrattuale.

Gli Stati Membri invece sono tenuti al controllo del rispetto degli obblighi di informazione in capo agli operatori professionali e a vigilare sul corretto funzionamento degli organismi ADR, sulla loro correttezza e imparzialità⁶¹¹.

La scelta di adottare metodi di soluzione delle controversie alternativi a quello giudiziario ha trovato largo consenso soprattutto perché consente di sfuggire alle lungaggini del processo civile⁶¹².

Di fatto la sigla ADR comprende fenomeni di composizione delle controversie molto eterogenei per struttura e risultati raggiunti, che si accomunano per essere estranei all'esercizio della potestà giurisdizionale dello Stato. La dottrina⁶¹³ ha distinto tra forme di eterocomposizione ovvero di autocomposizione delle liti tali metodi di risoluzione delle controversie in virtù della presenza o meno di un terzo che abbia il compito di coadiuvare le parti⁶¹⁴.

L'aspetto dell'eterocomposizione rende tali metodi assimilabili ai giudizi svolti davanti all'autorità giudiziaria: il soggetto terzo che interviene nel procedimento ha il compito di fornire la soluzione giuridica della controversia.

I metodi di autocomposizione delle liti non prevedono l'intervento di un terzo. Le parti stesse, nella piena manifestazione della loro autonomia contrattuale, scelgono l'assetto di interessi in base al quale ritenere conclusa la lite, sulla base della loro insindacabile della volontà⁶¹⁵. La transazione è il modello tipico delle forme di autocomposizione delle liti.

⁶¹¹ Art. 6, co. 1, direttiva 2013/11/UE.

⁶¹² V. DENTI, *Quale futuro per la giustizia minore?*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA e R. DANOVI, Giuffrè Editore, 2004.

⁶¹³ R. DE MEO, *Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007.

⁶¹⁴ Si pensi, ad esempio, all'arbitrato rituale, regolato da precise norme di legge, che si conclude con un atto del tutto equiparabile ad una sentenza.

⁶¹⁵ Così R. DE MEO, *Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie*, op. cit., cit. p. 39.

Il fenomeno delle *ADR* conosce anche forme intermedie di risoluzione, per caratteristiche strutturali, rispetto agli estremi opposti appena descritti. Si pensi, ad esempio, alla mediazione o alla conciliazione, ove il terzo riveste più che altro una funzione coadiuvante nel raggiungimento della soluzione della controversia.

Si è sopra accennato a quell'indirizzo dottrinario che ravvisa nelle *ADR* un valido strumento di risoluzione delle controversie perché in grado di svolgere la funzione, socialmente rilevante, di far diminuire il contenzioso giudiziario consentendone maggiore efficienza.

Si può invece guardare ai rimedi conciliativi come ad un modo di risolvere controversie che, in virtù delle loro caratteristiche, sarebbero destinate a non vedere alcun tipo di risoluzione, cadendo nell'inerme rinuncia di una delle parti, la più debole. Non a caso alle associazioni dei consumatori il più delle volte si rivolgono soggetti che, per l'esiguo valore economico delle violazioni lamentate, mai avrebbero pensato di avviare una lunga e costosa azione legale⁶¹⁶.

I metodi alternativi di risoluzione delle controversie, insomma, consentono di portare a soluzione questioni che mai diversamente sarebbero giunte all'attenzione dell'autorità giudiziaria⁶¹⁷.

In altre parole, grazie ad essi si avvicinano al diritto intere categorie di controversie che non avrebbero trovato altrimenti soluzione perché i consumatori, portatori di quegli interessi, non si sarebbero rivolti ad un giudice, pur avendone il diritto e le ragioni. Con essi, in definitiva, si offre una diversificazione dell'offerta di giustizia per categorie di controversie e soggetti destinatari⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Per un approfondimento sul tema V. GUARINO, *Questioni pratiche nelle procedure di ADR*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007, M. CIMMARUSTI, *Natura ed effetti delle decisioni nell'A.D.R.*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007.

⁶¹⁷ Cfr. R. DE MEO, *Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie*, op. cit., p. 47.

⁶¹⁸ A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536.

5. Il procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In materia di tutela dei consumatori, anche alla luce delle novità normative introdotte dal legislatore europeo, si è andato creando quello che è stato efficacemente definito «un doppio binario di tutele»⁶¹⁹: le une, quelle di carattere amministrativo, poste a presidio degli interessi collettivi dei consumatori, le altre, di carattere privatistico, che invece hanno come obiettivo la tutela del consumatore singolarmente considerato.

La tutela amministrativa è stata affidata, ex art. 27 cod. consumo, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, già competente in materia di pubblicità ingannevole⁶²⁰.

Per comprendere l'importanza del ruolo svolto dall'AGCM sono sufficienti brevi considerazioni.

Il valore generalmente esiguo delle controversie in materia di pratiche scorrette ben di rado riesce a superare il minimo richiesto per la competenza del giudice di pace. Ne consegue che l'andamento del processo sconta i pregi (costi ridotti, tempi generalmente più brevi), ma anche i difetti di una giurisdizione affidata ad un organo non professionale⁶²¹.

L'elevata diffusività delle pratiche commerciali scorrette richiede una pronuncia quanto più possibile rapida, non facilmente conseguibile nei tempi che nel giudizio di cognizione sono richiesti per assicurare una trattazione della causa rispettosa del diritto di difesa e del contraddittorio.

⁶¹⁹ Così R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. Impresa Europa*, 2007, p. 71 ss.

⁶²⁰ Sulla tutela amministrativa si veda, ad es., A.M. MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. tur.*, 2007, p. 345 s.; E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 271 s. N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 433 ss.

⁶²¹ Sul punto si veda ampiamente A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, op. cit., p. 383 ss.

A ciò si aggiunga che qualora si renda necessario un provvedimento cautelare, e la causa sia pendente innanzi al giudice di pace, sarà necessario adire il tribunale⁶²²; due organi vengono quindi a sovrapporsi nella cognizione della causa, con ulteriori complicazioni e lungaggini.

Da non trascurare nemmeno che il valore spesso modesto delle controversie rende del tutto eccezionali le ipotesi in cui le parti pervengono a provocare una decisione del giudice di legittimità, impedendo di fatto l'importante funzione nomofilattica di quest'ultimo⁶²³.

Alla luce di tali considerazioni è chiaro come la predisposizione di un apparato rimediale di stampo puramente privatistico avrebbe comportato scarsa protezione dell'interesse «sovra-individuale»⁶²⁴ ad un mercato corretto, che sarebbe finito per essere tutelato solo tramite la protezione di interessi individuali di un valore talmente esiguo da scoraggiare, nella maggior parte dei casi, il ricorso agli ordinari strumenti forniti dal sistema.

In sede di recepimento della direttiva in materia di pratiche sleali, l'elevata diffusione di pratiche scorrette e l'interesse pubblico ad un mercato quanto più contraddistinto da correttezza nei rapporti tra operatori hanno determinato la scelta del legislatore italiano di affidare all'AGCM il compito di tutelare i consumatori dalle pratiche sleali. La scelta è stata ritenuta generalmente corretta e quasi naturale viste le competenze in materia di tutela del mercato e dei consumatori che già erano affidate all'AGCM⁶²⁵.

All'autorità vengono così affidati poteri investigativi ed esecutivi di carattere cautelare, inibitorio e sanzionatorio.

L'art. 27, co. 2, cod. consumo prevede espressamente che 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». Di fatto l'Autorità può intervenire sia quando la pratica commerciale scorretta non sia stata

⁶²² Art. 669-*quater*, co.4, c.p.c.

⁶²³ Il rilievo è compiuto da A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, op. cit., p. 384.

⁶²⁴ Così A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, op. cit., p. 384.

⁶²⁵ Sul punto E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 332 ss.

ancora portata a conoscenza del pubblico, vietandone la diffusione, sia quando la pratica risulti iniziata, vietandone la continuazione⁶²⁶. Con il provvedimento che vieta la pratica scorretta l'Autorità può disporre l'applicazione di una sanzione pecuniaria o può essere disposta, a spese del professionista, la pubblicazione della delibera, in modo da impedire che la pratica scorretta continui a produrre effetti.

In estrema sintesi, il procedimento innanzi all'Autorità si compone di tre fasi: fase preliminare, fase istruttoria e, infine, fase decisoria⁶²⁷.

La procedura può essere avviata, come anticipato, da una segnalazione ("richiesta di intervento") fatta da un soggetto o un'organizzazione che ne abbia interesse, che ritenga scorretta una determinata pratica commerciale. A fronte di tale richiesta l'Autorità decide se vi siano i presupposti per un approfondimento istruttorio o, in caso contrario, se sia opportuno archiviare la richiesta.

La procedura può iniziare anche d'ufficio e in questo caso sarà il Responsabile del procedimento a svolgere un'attività pre-istruttoria, richiedendo informazioni e documenti a soggetti pubblici o privati, anche al fine di individuare il professionista cui ricollegare la violazione.

In questa fase è prevista la possibilità di un ravvedimento operoso del professionista; il Responsabile del procedimento può infatti invitare il professionista a rimuovere i profili di scorrettezza ritenuti sussistenti nelle sue pratiche commerciali. Per l'esercizio di tale prerogativa sono previsti due requisiti: la sussistenza di fondati motivi tali da ritenere che la pratica sia scorretta e la mancanza del carattere di particolare gravità della condotta, che giustifica in ogni caso l'apertura dell'istruttoria. Nel caso in cui il professionista si adegui agli inviti del responsabile, il procedimento non verrà avviato e nessuna sanzione colpirà il professionista.

La fase istruttoria prende avvio nel caso in cui il Collegio ritenga di non dover archiviare la richiesta di intervento.

⁶²⁶ Art. 27, co. 8, cod. consumo.

⁶²⁷ L'art. 27, co. 11, cod. consumo ha demandato all'Autorità la disciplina, da stabilire con proprio regolamento, della procedura istruttoria, «in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione». L'Autorità ha emanato in data 15/11/2007 il Regolamento n. 17589, il quale disciplina le procedure istruttorie in materia. Sul punto V. FALCE, *Commento ai regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 57 ss.

All'interno di tale fase è possibile che si sviluppi un *sub-procedimento* cautelare al termine del quale il Collegio, sentite sommariamente le parti o, nei casi più urgenti, *inaudita altera parte*, può emanare un provvedimento con cui dispone la sospensione della pratica ritenuta scorretta.

Va inoltre rilevato come, anche in seguito alla comunicazione di avvio del procedimento, questo possa chiudersi senza l'irrogazione di alcuna sanzione nel caso in cui il professionista formalizzi spontaneamente degli impegni volti ad eliminare i profili di illegittimità della pratica commerciale.

La fase istruttoria si caratterizza, inoltre, per la partecipazione non solo dei soggetti coinvolti, ma anche dei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria, che hanno facoltà di intervenire nel procedimento.

Terminata l'istruttoria, si apre la fase decisoria; le parti, dopo aver ricevuto la comunicazione della conclusione della fase istruttoria, possono presentare memorie conclusive o documenti e, successivamente, gli atti sono rimessi al Collegio per l'adozione del provvedimento finale.

Sia consentito, per ulteriori approfondimenti sul procedimento, un rinvio alle sedi opportune⁶²⁸.

⁶²⁸ Sull'argomento G. ROSSI, *Illecito Antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009, A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008, p. 209 ss., A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, op. cit., M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 239 ss., V. CERULLI IRELLI, *"Consenso" e "autorità" negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 325 ss., V. MELI, L. LA ROCCA, M. L. CIRRINCIONE, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della giurisprudenza amministrativa in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Concorrenza e Mercato*, diretto da G. GHIDINI, Giuffrè Editore, 2012, p. 283 ss.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS F., *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo diritto civile*, 2020

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

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

ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015

ALPA G., *Aspetti della nuova disciplina delle vendite dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019

ALPA G., *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e Impresa*, n. 3, 2022

ANNUNZIATA F., *I processi di mercato automatizzati e il trading algoritmico*, in *Diritto del Fintech*, M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Cedam, 2020

ATELLI M., *Consumo individuale e consumo "aggregato": insufficienze del modello legale del consumatore*, in AA.VV., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998

AUBERT DE VINCELLES C., *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales*, in AUBERT DE VINCELLES, SAUPHANOR-BROUILLAND, *Les 20 ans du Code de la consommation*, Lextenso, 2013

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

AZZARRI F., *L'attivazione di un servizio oneroso in seguito al mancato rifiuto del consumatore e la disciplina delle forniture non richieste*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2015

AZZARRI F., *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *I Contratti*, 2021

BACCIARDI E., *La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2014

BARCELLONA M., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962

BARENGHI A., *Diritto dei consumatori*, II Edizione, CEDAM, 2020

BARENGHI A., *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020

BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art.18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1, c. cons.)*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

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

BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005

BASILE M., *Lunga vita ai prodotti industriali!*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di scienze giuridiche, economiche e politiche*, 2018

BASSAN F., *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021

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

BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007

BEGHINI M., *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella Direttiva 2019/771/UE*. In T. DALLA MASSARA (a cura di), *La vendita di beni mobili*, Pisa : Pacini giuridica, 2020

BELLIZZI DI SAN LORENZO A., *Obsolescenza programmata dei prodotti e dei dati personali*, in *Oss. Fonti*, 2019

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2012

BERTANI M., *Trading algoritmico ad alta frequenza e tutela dello slow trader*, in AGE, 2019

BERTELLI F., *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 1, 2021

BESSONE M., *Essenzialità dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972

BIANCA M., *Diritto civile – il contratto*, vol. 3, II edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2000

BIAVATI P., *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Trimestrale Diritto e Proc. Civile*, 2008

BOCCHINI R., *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, in *Giur. it.*, 2019

BOVE M., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2011

BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2010

BRECCIA U., *Usi e abusi dei significati della «diligenza nell'adempimento».* *La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Torino, 2009

BROGGIATO T., *La direttiva n. 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali»*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, II, 22, 2006

BURR C. – CRISTIANINI N., *Can Machines Read Our Minds?*, *Minds and Machines*, 2019

CALO R., *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 2014

CALVO R., *Complessità personificata o individualità complessa del condominio consumatore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2020

CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. Impresa Europa*, 2007

CALVO R., *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

CAMARDI C., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021

CANALE G., *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2010

CAPONI R., *Azione di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro Italiano*, 2012

CARINCI F., *Tribunale Palermo 24/11/2020 L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2021

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano 2018

CATERINA R., *Il condominio come ente di gestione e come soggetto: percorsi giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 gennaio 2022

CAVALLO BORGIA R., *Dell'annullabilità del contratto*, in *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto. Art. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998

CAZZATO C. E., *Il danno da pratiche commerciali scorrette*, in *Prodotti difettosi, risarcimento del danno e regole di sicurezza*, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. ALPA, A. CATRICALÀ, Il Mulino, 2016

CERRI F., *Il condominio è qualificabile come consumatore? La questione rimessa alla Corte di Giustizia*, in *Corriere Giur.*, 2020

CERULLI IRELLI V., *“Consenso” e “autorità” negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Giappichelli Editore, Torino, 2010

CHERTI S., *La vendita dei beni di consumo e la nozione di riparazione*, in *Europa dir. priv.*, 2003

CHERTI S., *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Cedam, Padova, 2004

CHIESI G. A. e STURIALE M., *Condominio: “essere o non essere” consumatore?*, in *Immobili e Proprietà*, 2020

CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuali e collettivi*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto*

italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007), a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

CIMMARUSTI M., *Natura ed effetti delle decisioni nell'A.D.R.*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007

CLARICH M., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Giappichelli Editore, Torino, 2010

CLARIZIA R., *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Juscivile*, 3, 2020

CLIFFORD D., GRAEF I., VALCKE P., *Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent—Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections*, in *German Law Journal*, 2019

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

CONSOLO C., *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it, 2019.

COSTA A., *Pratiche commerciali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007

COSTA-CABRAL F., LYNSKEY O., *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2017

COSTANTINO G., CONSOLO C., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto Processo Civile*, 2010

COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro Italiano*, 2009

CUFFARO V. - D'ORAZIO R. – RICCIUTO V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino 2019

CUFFARO V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giuridico*, 2014

- D'AMICO G., *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ.*, C.N.N., ESI, Napoli, 2013
- D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996
- D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2002
- D'ANTONIO V., SCIANCALEPORE G., *Le pratiche commerciali*, in *La tutela del consumatore*, a cura di P. STANZIONE, A. MUSIO, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2009
- D'IPPOLITO G. e RE A., *Obsolescenza programmata. L'AGCM sanziona Apple e Samsung*, in *Riv. dir. media*, 2019
- D'IPPOLITO G., *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziazione*, in *Dir. inf. e informatica*, 2020
- D'IPPOLITO G., *Profilazione e pubblicità targhettizzata on line*, Napoli 2021
- D'ONOFORIO M., *Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della Direttiva 2019/771/UE e del diritto interno*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2/2022
- DALIA C., *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. Ind.*, 2020
- DALLA MASSARA T., *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, 2015
- DALLE VEDOVE G., *Le pratiche commerciali aggressive*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008
- DE CRISTOFARO G., *"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11- bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2, 1 marzo 2023
- DE CRISTOFARO G., *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2021

DE CRISTOFARO G., *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4, 2020

DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

DE CRISTOFARO G., *Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1 maggio 2021

DE CRISTOFARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art.18, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013

DE CRISTOFARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 20, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013

DE CRISTOFARO G., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, sub art. 21, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Cedam, 2013

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 Editore, 2008

DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008

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 *Rass. Dir. Civ.*, 2010

DE CRISTOFARO G., *Pratiche Commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, I, 2014

DE CRISTOFARO G., *Rimedi privatistici “individuali” dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l’art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Jus Civile*, 2022

DE CRISTOFARO G., *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari ‘B-to-C’: l’attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021

DE FRANCESCHI A., *I rimedi del consumatore nelle vendite di beni di consumo*, in *Tratt. Contratti Roppo*, V, Milano, 2014

DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017

DE FRANCESCHI A., *Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy*, in *EuCML*, 2018

DE MEO R., *Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007

DE STEFANIS C., QUERCIA A., *ConSORZI e società consortili*, II edizione, Maggioli Editore, 2016

DEL PRATO E., *Le annullabilità del contratto*, in *Trattato del contratto*, vol. IV, *I rimedi*, a cura di E. ROPPO e A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006

DELLE MONACHE S., *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D’ANGELO, V. ROPPO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010

DELLI PRISCOLI L., *Professionalità e diligenza del professionista*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010

DELLI PRISCOLI L., *Rilevabilità d’ufficio delle nullità di protezione, contraente “debole” e tutela del mercato*, in *Giurisp. Comm.*, 5/2015

DENTI V., *Quale futuro per la giustizia minore?*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell’avvocatura*, a cura di G. ALPA e R. DANOVI, Giuffrè Editore, 2004

- DI CATALDO V., *Conclusioni*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008
- DI GIOVANNI F., *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 2019
- DI LORENZO G., *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 2019
- DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2/2005
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2008
- DI MARZIO F., *Codice del Consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. priv.*, 2005
- DI NELLA L., *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, a cura di G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, Napoli, 2008
- DI NELLA L., *Le pratiche commerciali sleali “aggressive”*, in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, Torino, 2007
- DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa*, 1/2007
- DI RAIMO R., *Errore essenziale*, in *Commentario del Codice Civile. Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis e leggi collegate*, a cura di E. NAVARETTA e A. ORESTANO, Utet Giuridica, Torino, 2011
- DIAFERIO R., RESTUCCIA D., *La garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010
- DONZELLI R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011
- DUROVIC M., *The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, in *European Review of Private Law*, 5/2015
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006
- FACCIOLI M., *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 2020

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Collana: *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012

FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004

FEBBRAJO T., *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018

FEDELE A., *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983

FERRANTE V., *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, in *Dir. rel. Ind.*, 1, 2021

FERRARINI G., *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI, Utet, Milano, 2018

FINOCCHIARO G., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. diritto proc. civ.*, 2018

FIORIO P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010

FLORIDIA G., *Correttezza e responsabilità di impresa*, Milano, 1982

FRANCESCHELLI V., *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo (in margine ad un recente libro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1983

FRANZONI M., *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011

FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. VII, Giappichelli Editore, Torino, 2002

FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015

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

GALGANO F., *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007

GALLO P., *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. di Diritto civile*, n. 6/2022

GALLO P., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, V, Torino, 2017

GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008

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

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

GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2010

GHIDINI G., *La responsabilità del produttore dei beni di consumo. Profili precontrattuali*, Milano, 1970

GIANNACCARI A., *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019

GIANOLA A., *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Giuffrè Editore, 2008

GILBERTI L., *Il danno da pratica commerciale scorretta*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. CENDON e C. PONCIBÒ, Giuffrè Editore, 2014

GIRINELLI F., *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediare del public and private enforcement*, in *Jus civile.it*, 2016

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

GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008

GIUSSANI A., *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2019

GIUSSANI A., *L'edizione definitiva dei Principles of the Law of Aggregate Litigation da parte dell'American Law Institute*, in *Rivista Diritto e Procedura*, 2012

GOANTA C., MULDER S., *Move fast and break things: Unfair commercial practices and consent on social media*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 8/2019

GRANELLI C., *L'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE: Ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *Jus Civile*, 2, 2022

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

GRANELLI C., *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *I Contratti*, n. 5, 2021

GRANELLI C., voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in D'AMICO (a cura di), *Contratto*, in *Enc. dir. – I tematici*, Milano, 2021

GRAZIUSO E., *Legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e clausole abusive*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 3/2001

GRECO F., *Il diritto di recesso del consumatore*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010

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

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

GUARINO V., *Questioni pratiche nelle procedure di ADR*, in *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, a cura di N. SCANNICCHIO, Cacucci Editore, Bari, 2007

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007

GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010

GUFFANTI PESENTI L., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1. N. 5, dir. 2019/2161/UE*, in *Europa diritto privato*, 2021

HACKER P., *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *European Law Journal*, 2021

HACKER P., *Nudging and autonomy. A philosophical and legal appraisal*, in H.-W. MICKLITZ, A.-L. SIBONY E F. ESPOSITO (a cura di), *Research Methods in Consumer Law* (Edward Elgar), 2018

HACKER P., *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018

HANSEN P, JESPERSEN A., *Nudge and the manipulation of choice*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2013

HELBERGER N. – LYNSKEY O. - MICKLITZ H-W. – ROTT P. - SAX M.-STRYCHARZ J., *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project*, in <https://www.beuc.eu/publications/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0>, 2021

HELBERGER N., ZUIDERVEEN BORGESIOUS F., REYNA A., *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 2017

HILL TH., *Autonomy and Self-Respect*, in *Cambridge University Press*, 1991

IANESE S., *Il “danno da algoritmo”: la responsabilità dei sistemi di Machine Learning*, in *Data e IT Law*, 2021

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Editori Laterza, 2004

KEIRSBILCK B., *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, in *Hart Publishing*, Oxford 2011

KEIRSBILCK B., *The UCPD's notion of “commercial practice”: UPC Magyarországon*, in *Common Market Law Review*, 2016

LA ROCCA L., in *Codice del consumo e norme collegate, sub. art. 24*, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012

LABELLA E., *La natura non consumeristica del condominio di edifici. La decisione menziona in senso conforme A.B.F.*, *Coll. coord.*, 26 ottobre 2012

LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, 3/2013

LABELLA E., *Tutela della microimpresa e “terzo contratto”*, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2015

LAMBO L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno responsabilità*, 2008

LENOCI V., *Profili di diritto internazionale: la class action nei paesi anglosassoni*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010

LEONE A., *Advertising e tutela del consumatore verde*, in *Il Diritto Industriale*, 1, 2021

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014

LIBERTINI M., *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, 3, 2012

LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commentata*, 5/2009

LO SURDO C., in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 20, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012

LOMBARDI E. M., *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010

LOMBARDI E. M., *Ai confini della realtà: il neuromarketing applicato al metaverso o delle nuove prospettive dell N&M*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2024

LONGOBUCCO F., *I rimedi civilistici individuali e le pratiche commerciali scorrette*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. CENDON e C. PONCIBÒ, Giuffrè Editore, 2014

LONGOBUCCO F., in AA.VV. *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Giuffrè, 2019, sub art. 66-quinquies cod. consumo

LUCCHESI F., in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, sub art. 18 cod. consumo, a cura di G. VETTORI, Cedam, 2009

LUCCHESI F., sub art. 20-23, in *Codice del Consumo – Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette ed azioni collettive*, a cura di G. VETTORI, Cedam, Padova, 2009

MAGNO M. L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007

MAGRI G., *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2011

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

MANGINI V. – AULETTA G., *Concorrenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987

MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano, IV, 2006

MASSA F., in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 19, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, IV edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2015

MASSA F., in *Codice del consumo e norme collegate*, sub. art. 21, a cura di V. CUFFARO. Con il coordinamento di A. BARBA e A. BARENGHI, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2012

MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las practicas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006

MAUGERI M. R., *Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?*, in *Jus Civile*, 2, 2022

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

MAUGERI M. R., *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021

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

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, II edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2015

MAZZAMUTO S., *La vendita di beni di consumo*, in V. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

MELI V., “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di V. MELI – P. MARANO, Torino, 2011

MELI V., LA ROCCA L., CIRRINCIONE M. L., *Rassegna degli orientamenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e della giurisprudenza amministrativa in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Concorrenza e Mercato*, diretto da G. GHIDINI, Giuffrè Editore, 2012

MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1956

MEOLI B. e EGIZIANO L., *Art. 39 – Regole nelle attività commerciali*, in *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. STANZIONE E G. SCIANCALEPORE, Milano, 2006

MIDIRI F., *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 1 settembre 2021

MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, III ed., Torino, 2014

MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008

MONTEROSSO M. W., *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2021

NIVARRA L., *Concorrenza sleale e responsabilità di impresa*, in G. ALPA - G. CONTE (a cura di), *La responsabilità di impresa*, Milano, 2015

NIVARRA L., *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011

NIVARRA L., *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa dir. priv.*, 3/2015

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007

OLIVIERO F., *La nuova disciplina dei c.d. rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2022

OLIVIERO F., *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, 2015

OLIVIERO F., *Mandato dell'amministratore di condominio e disciplina consumeristica nel quadro delineato dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia UE*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2020

ORLANDO S., *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009

ORLANDO S., *Le informazioni*, Padova, 2012

ORLANDO S., *sub art. 24-26*, in *Codice del Consumo – Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette ed azioni collettive*, a cura di G. VETTORI, Cedam, Padova, 2009

PAGLIANTINI S., *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020

PAGLIANTINI S., *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *Jus Civile*, 2, 2022

PAGLIANTINI S., *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021

PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009

PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, Milano, 2005

PERFETTI U., *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Giuffrè Editore, 2014

PICA T., *Pratiche commerciali ingannevoli, commento sub. art. 21, primo comma, cod. consumo*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giappichelli, Torino, 2000

PICCININI V., *La nozione di consumatore*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P. DEMARCHI, Zanichelli Editore, Torino, 2010

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam. Padova, 1963.

PIGNALOSA M.P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, 2016

PIGNALOSA M.P., *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, in *Quaderni de Il Foro Napoletano*, 45, 2020

PILIA C., in AA.VV. , *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. VETTORI, Cedam, 2013

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010

PIRAINO F., *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020

PIRAINO F., *Le prassi contra legem e la conclusione del contratto: le "prestazioni non richieste"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016

PISTILLI A., *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in *Il Diritto Industriale*, n. 4, 1 luglio 2022

PISTILLI A., *Pratiche commerciali aggressive e servizi di telecomunicazione*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3, 1 maggio 2019

- POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009
- PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa e Europa*, 2007
- PROTO PISANI A., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979
- PUNZI A., *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. MASINI (a cura di) *Lo scaffale dell'inganno. Marketing cooperativo e regolamentazione della pubblicità*, Franco Angeli, Milano, 2021
- RABITTI M., in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 20 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009
- RESTA G. – ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. diritto proc. civ.*, 2018
- ROLFI F., *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007
- ROMANÒ S., *Profili comuni dei rimedi consumeristici nelle Direttive 2019/771/UE e 2019/770/UE*, in T. DALLA MASSARA (a cura di) *La vendita di beni mobili*, in L. GAROFALO (diretto da) *Il sistema dei rimedi*, Pisa, 2020
- ROPPO V., *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata*, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2014
- ROPPO V., *Il contratto*, II edizione, Giuffrè Editore, 2011
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007
- 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
- ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO E C. CASTRONOVO, Giuffrè Editore, Milano, 2008

- ROSSI G., *Illecito Antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009
- ROSSI G., *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, «diritto a non essere ingannati», diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 2000
- RUFFOLO U., *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019
- RUFFOLO U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore. Profili di tutela individuale*, vol.1, Giuffrè, Milano, 1986
- RUFFOLO U., *Piattaforme e content moderation - Piattaforme e content moderation negoziale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2024
- SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, vol. I, ed. 3, Utet, Torino, 2004
- SACCO R., *Il Contratto*, vol. I, IV ed., Utet, 2016
- SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali scorrette. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Giuffrè Editore, Milano, 2007
- SCALI M., in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 18, comma 1, lettera h) cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009
- SCHMIDT J., “*Inertia selling*” *de lege lata und de lege ferenda – die Reform in europäischen und deutschen Recht*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivat Recht (GPR)*, 2014
- SCHRADER P. T., *Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie: Auswirkungen auf die Haltbarkeit von Fahrzeugen mit digitalen Elementen*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2021
- SCOTTO DI CARLO M., *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e Responsabilità*, n. 4, 1 luglio 2024
- SEBASTIO V., *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 3, 2007
- SENIGAGLIA R., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2020

SHUI H., AUSUBEL L., *Time Inconsistency in the Credit Card Market (2004)* 14th Annual Utah Winter Finance Conference, in <https://eml.berkeley.edu>.

SIMEON M., *Il condominio è un consumatore? La decisione della Corte di Giustizia non scioglie i dubbi*, in *Giur. Comm.*, 2021

SIMONINI G., *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la “durabilità” del bene?*, in *Danno e resp.*, 2019

SOLINAS C., in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 24 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009

SOLINAS C., in *Le modifiche al codice del consumo, sub art. 25 cod. consumo*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 246 ss.

SOLINAS C., *Trattamento dei dati personali e pratiche commerciali scorrette - Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2, 1 febbraio 2021

SPADA P., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Diritto industriale*, 1/2011

SPEZIALE I., *Le pratiche commerciali scorrette nell'evoluzione della normativa e del mercato*, Cedam, 2024.

SPOTO G., *Il condominio non è un consumatore*, in *Giur. It.*, 2021

SPOTO G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012

SRNICEK N., *Capitalismo digitale. Google Facebook Amazon e la nuova economia del web*, in *Luiss University Press*, Roma, 2017

STIGLITZ J., *The theory of “screening, education, and the distribution of income”*, in *American Economic Review*, 65/1975

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. Comm.*, 1/1964

TADDEI ELMI G., *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, in *personaemercato.it*, 2011

TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009

TEODOLDI A. M., *Next generation e rimedi collettivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 1 aprile 2024

TOFFLER A., *The Third Wave*, New York, 1980

TOMMASI S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci Editore, Bari, 2012

TRABUCCHI V., voce *Dolo*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960

TROCKER N., *Class Action negli USA - e in Europa?*, in *Contratto Impresa e Europa*, 2009

TRUBIANI F., *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, 2020.

VALSECCHI A., *La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ovvero del pater familias del terzo millennio e dei vizi del consenso nei contratti di consumo*, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, 2/2006

VIGORITI L. G., *Verso l'attuazione delle direttiva sulle pratiche commerciali sleali, in Europa e diritto privato*, 2007

WOOD A., *Coercion, Manipulation, Exploitation*, in C. COONS AND M. WEBER, *Manipulation: Theory and Practice*, in *Oxford University Press*, 2014

WRBKA S. e DIMATTEO L. A., *Comparative warranty law: case of planned obsolescence*, in *University Of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2019

ZAMIR E., TEICHMAN D., *Behavioral Law and Economics*, in *Oxford University Press*, 2018

ZATTI P. – COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, XIII edizione, Cedam, 2011

ZENO-ZENCOVICH V., *Do Data Market exist?*, in *Media Laws*, 2019

ZOLEA S., *Obsolescenza programmata e diritto: noterelle comparative*, in *giustiziacivile.com*, 28 maggio 2019

ZOLEA S., *Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *giustiziacivile.com*, 12 gennaio 2021

ZORZI N. – GALGANO F., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LXII, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2012

ZORZI N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova 2019

ZORZI N., *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno del consumatore*, in *Contratti e impresa*, 3/2010

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

ZUIDERVEEN BORGESIOUS F., *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer, 2015