

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO
in
GIURISPRUDENZA

Cattedra di DIRITTO CIVILE

L'INFLUENZA DELLE
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
NELLA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ
NEGOZIALE: STRUMENTI CIVILISTICI
A TUTELA DEL CONSUMATORE

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Teresa PASQUINO

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Massimo PROTO

CANDIDATO
Silvia BISCEGLIA
Matr. 142763

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I: LA DIRETTIVA 2005/29/CE – TRA TUTELA DEL CONSUMATORE E GARANZIA DI EFFICIENZA DEL MERCATO	7
1.1 - La Direttiva 2005/29/CE: inquadramento nella disciplina consumeristica di derivazione comunitaria	7
1.2 - Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il Libro Verde sulla comunicazione commerciale	12
1.2.1 - L’incidenza della comunicazione commerciale sulla libertà di scelta del consumatore, il ruolo della pubblicità e gli obblighi di informazione.....	14
1.3 - Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione Europea e l’esigenza di un intervento di armonizzazione.....	20
1.4 - La duplice <i>ratio</i> della Direttiva e la necessaria convergenza delle tutele apprestate	24
1.5 - Nuove prospettive di tutela nella relazione tra professionista e consumatore: il passaggio dalla tutela dell’atto alla tutela dell’attività.....	29
CAPITOLO II: IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO: LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	36
2.1 - La struttura della Direttiva 2005/29/CE e la soluzione normativa adottata in sede di recepimento nell’ordinamento italiano	36
2.2 - La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: aspetti sostanziali	39
2.2.1 - L’ambito oggettivo di applicazione e la definizione di pratica commerciale.....	40
2.2.2 - L’ambito soggettivo di applicazione. L’estensione della tutela alle microimprese: una possibile apertura alla categoria del terzo contratto.....	44
2.2.3 - I rapporti tra la clausola generale, le categorie di pratiche ingannevoli e aggressive e le cd. <i>black lists</i>	50
2.2.4 - I parametri di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale.....	55
2.2.4.1 - Il prototipo del “consumatore medio” e il “consumatore vulnerabile”	62
2.2.5 - Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive	68
2.2.5.1 - Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive: un richiamo analogico alle categorie civilistiche del dolo e della violenza.....	81
2.3 - La disciplina delle pratiche commerciali sleali: aspetti procedurali. La repressione delle pratiche commerciali scorrette e il “doppio binario di tutele”	87

CAPITOLO III: LA TUTELA INDIVIDUAL-PRIVATISTICA DEL CONSUMATORE E I RIMEDI INVALIDATORI DEL CONTRATTO “A VALLE” DI UNA PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA: ELABORAZIONE DOTTRINALE E PROSPETTIVE COMPARATISTICHE	97
3.1 - Il “silenzio legislativo” in ordine ai rimedi civilistici a tutela del consumatore: articolo 19 comma 2 lettera a) del Codice del Consumo	97
3.2 - Le forme di tutela individual-privatistica nell’analisi comparatistica delle soluzioni adottate dagli Stati membri.....	109
3.3 - I rapporti tra contratto e regolazione del mercato: verso una nuova concezione dello strumento contrattuale nel sistema di mercato	121
3.4 - La relazione tra accertamento della “scorrettezza” e validità del contratto “a valle”: l’impraticabilità di un meccanismo di automatica incidenza	125
3.5 - L’elaborazione dottrinale in ordine agli strumenti di tutela civilistici fruibili dal consumatore e il problema della validità del contratto	133
3.5.1 - I rimedi invalidatori: la nullità del contratto.....	138
3.5.2 - I rimedi invalidatori: l’annullabilità del contratto	152
3.5.2.1 - I vizi del consenso: vizi incompleti del contratto. La tutela risarcitoria.....	163
 CONCLUSIONI	 181
 BIBLIOGRAFIA.....	 187

INTRODUZIONE

“Quando si descrive l’attività del consumatore, il grado di sovranità del soggetto è continuamente messo in questione e in dubbio. (...) L’immagine dei consumatori disegnata nelle descrizioni colte della vita di consumo oscilla tra i due estremi delle vittime e degli eroi della modernità. Da un lato, i consumatori sono rappresentati come soggetti agenti tutt’altro che sovrani, illusi da promesse fraudolente, adescati, sedotti, sospinti e manovrati da pressioni palesi o surrettizie, ma comunque estranee. Dall’altro, al consumatore si attribuiscono tutte le virtù per cui la modernità ama essere elogiata – razionalità, forte senso di autonomia, capacità di autodefinirsi e di autoaffermarsi in modo anche rude”¹.

Il ritratto emblematico evocato dalla forza suggestiva delle parole del filosofo Zygmunt Bauman, imperniato su una rappresentazione del consumatore quale modello paradigmatico la cui soggettiva caratterizzazione alterna tra archetipo di razionalità e strumento di esterna manipolazione, costituisce premessa ineludibile dell’analisi oggetto della presente trattazione, poiché prelude alla imprescindibile correlazione tra emotività suggestionabile e irremovibile capacità di autodeterminazione del consumatore.

Il moderno contesto di mercato, improntato a forme di massificazione dei comportamenti consumeristici, si connota per l’abilità dei professionisti commerciali di percepire e attrarre desideri, impulsi ed esigenze dei consumatori allo scopo di conformare il sistema produttivo al soddisfacimento dei bisogni di consumo. In questa prospettiva, il consumatore può dunque essere elevato a prototipo di agente razionale, capace di plasmare le relazioni di mercato alla stregua del modello risultante dalla risoluta affermazione delle proprie scelte commerciali, valutate sulla base di personali previsioni informate e ponderate.

¹ Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari 2008.

Il mercato globale dei prodotti di massa si espone, tuttavia, anche al rischio che taluni procedimenti operativi azionati nel contesto delle transazioni transfrontaliere devino dalle dinamiche commerciali ispirate a comuni obiettivi di concorrenzialità e di integrità degli scambi, determinando il pericolo di una degenerazione del libero mercato in un sistema governato dallo sfruttamento delle debolezze emotive e delle intrinseche condizioni di vulnerabilità degli utenti, con la finalità ultima di incidere indebitamente sul grado di sollecitazione della propensione al consumo e sul procedimento formativo del consenso di quanti operano sul mercato attraverso la domanda e l'acquisto di beni e servizi.

Il pericolo di un'alterazione patologica dei meccanismi di mercato viene inoltre agevolato dall'emergere di nuove tecnologie dell'informazione e di sofisticate strategie di comunicazione commerciale, strumenti di persuasione e seduzione abilmente innescati nell'ambito della interazione tra professionista e consumatore al fine di suscitare nei destinatari emozioni consumeristiche svincolate da ogni logica di razionalità e di informata consapevolezza. Gli innovativi mezzi di comunicazione commerciale, facile veicolo per la perpetrazione di pratiche commerciali scorrette ai danni del consumatore, alterano le fisiologiche dinamiche concorrenziali e alimentano la sperequazione economica e la strutturale asimmetria informativa immanente ai rapporti tra consumatori e professionisti, consentendo all'impresa di orientare le scelte commerciali e negoziali degli utenti e di sollecitarne abusivamente il consenso per il tramite di condotte ingannatorie o aggressive.

In tale contesto, fugge l'archetipo dell'utente razionale, a cui subentra progressivamente l'immagine di un consumatore spogliato della propria libertà di autoaffermazione, vittima delle pressioni esterne che ne eludono la sovrana capacità di determinazione.

La Direttiva 2005/29/CE dimostra di prendere atto della sofisticazione delle tecniche di condizionamento delle masse e dell'attitudine del fenomeno distorsivo, ingenerato dall'attuazione delle pratiche commerciali scorrette, a esplicarsi sul piano collettivo, precludendo la realizzazione del mercato unico, primario obiettivo di politica europea.

Interviene quindi, con una normativa di vocazione pubblicistico-amministrativo, a regolare l'attività imprenditoriale e i rapporti tra professionista e consumatore, sanzionando la perpetrazione di pratiche commerciali sleali, in un'ottica di salvaguardia e valorizzazione della integrità del mercato e degli operatori commerciali concorrenti che interagiscono sul medesimo.

L'assenza, nell'ambito della disciplina di derivazione comunitaria e della normativa italiana di recepimento, di una disposizione volta a contemplare forme di tutela individual-privatistica operanti a favore del consumatore, lesa nella sua libertà di autodeterminazione per effetto della indebita influenza esercitata dalla pratica commerciale sleale sulla sua volontà negoziale, ha indotto l'interprete a verificare l'attualità degli istituti codicistici e la relativa compatibilità di applicazione alle fattispecie oggetto della normativa di matrice consumeristica.

Obiettivo della presente trattazione è quello di analizzare, attraverso una complessiva e preliminare disamina della *ratio* ispiratrice e dei principali aspetti contenutistici della disciplina, i potenziali meccanismi di incidenza che le pratiche commerciali scorrette possano esplicare sul consenso del consumatore a stipulare un contratto con il professionista ovvero a concluderlo a determinate condizioni. Segnatamente, l'elaborato si propone di esaminare criticamente le posizioni dottrinali che hanno teorizzato, a presidio della libertà negoziale del consumatore, l'esperibilità di forme di tutela risarcitoria e invalidatoria, allo scopo di individuarne i profili di coordinamento e l'effettivo ambito di operatività rispetto alle ipotesi di condizionamento abusivo delle scelte negoziali del consumatore. Invero, sebbene difetti qualsivoglia espressa considerazione attinente alla dimensione individuale del rapporto negoziale instaurato tra professionista e consumatore "a valle" di una pratica commerciale sleale, il legislatore sembra implicitamente assumere consapevolezza in ordine all'esigenza di individuare l'esperibilità di un binario di tutela alternativo, e tuttavia complementare, a quello pubblicistico, incentrato sulla posizione individuale del singolo consumatore concretamente lesa per effetto della condotta ingannatoria o aggressiva del professionista e sulla effettiva sorte del contratto, la cui stipulazione sia stata indotta o preceduta dall'attuazione di una pratica commerciale scorretta.

CAPITOLO I:

LA DIRETTIVA 2005/29/CE – TRA TUTELA DEL CONSUMATORE E GARANZIA DI EFFICIENZA DEL MERCATO

SOMMARIO: 1.1 La Direttiva 2005/29/CE: inquadramento nella disciplina consumeristica di derivazione comunitaria - 1.2 Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il *Libro Verde sulla comunicazione commerciale* - 1.2.1 L'incidenza della comunicazione commerciale sulla libertà di scelta del consumatore, il ruolo della pubblicità e gli obblighi di informazione - 1.3 Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea* e l'esigenza di un intervento di armonizzazione - 1.4 La duplice *ratio* della Direttiva e la necessaria convergenza delle tutele apprestate - 1.5 Nuove prospettive di tutela nella relazione tra professionista e consumatore: il passaggio dalla tutela dell'*atto* alla tutela dell'*attività*

1.1 - La Direttiva 2005/29/CE: inquadramento nella disciplina consumeristica di derivazione comunitaria

Nel quadro della normativa comunitaria ispirata alla finalità di protezione del consumatore, un ruolo preminente è attribuito alla tutela dell'autonomia negoziale e alla garanzia della libertà e della consapevolezza delle scelte effettuate dal consumatore nell'ambito degli scambi commerciali con il professionista.

L'obiettivo di prevenire e sanzionare eventuali fenomeni distorsivi della volontà contrattuale del consumatore, che possano tradursi in decisioni di natura economica indotte da un comportamento scorretto del professionista, viene attribuito, nelle intenzioni del legislatore europeo e, quindi, negli ordinamenti interni degli Stati membri, ad una commistione di strumenti amministrativi e civilistici².

La necessità di cui l'ordinamento comunitario ha progressivamente avvertito l'urgenza è quella di riequilibrare il rapporto tra le parti, intervenendo in funzione correttiva a sanare

² R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino 2019, pp. 338 e ss.

l'asimmetria informativa e contrattuale che connota la relazione tra professionista e consumatore.

Il fine ultimo, ma non esclusivo, della normativa consumeristica è dunque quello di controbilanciare il più accentuato potere contrattuale del professionista, che nell'ambito della relazione negoziale con il consumatore assume tipicamente la posizione di "contraente forte", attraverso meccanismi di salvaguardia e garanzia di controparte, nel suo *status* di "contraente debole". Tra le tecniche preordinate all'attuazione di tale finalità, di particolare efficacia risultano gli strumenti di tutela di carattere collettivo e preventivo. Tra essi è possibile annoverare la prescrizione di puntuali e analitici obblighi di informazione e trasparenza posti a carico del professionista in relazione alla fase precontrattuale, nonché la predeterminazione legale di requisiti di forma e di contenuto minimo del contratto.

Tuttavia, occorre considerare che alla realizzazione di tale obiettivo il legislatore comunitario è intervenuto predisponendo strumenti di varia natura. La legislazione in materia, infatti, contempla non soltanto meccanismi diretti ad operare in via preventiva, in quanto inerenti alla regolamentazione della fase precontrattuale o alla formazione del contratto, ma anche tutele che agiscano *ex post*, attinenti alla fase successiva alla conclusione del contratto e allo svolgimento del rapporto negoziale. Si pensi, in tal senso, al riconoscimento in capo al consumatore di un diritto di recesso di pentimento (cd. *ius poenitendi*) che intervenga a correggere il *gap* di ponderazione che, per le peculiari modalità di conclusione del contratto, influisca sulla libera formazione del consenso del consumatore.

Ciononostante, la riconosciuta maggior incisività di forme di tutela di tipo general-preventivo trova fondamento nell'intensificarsi della produzione e distribuzione di prodotti di massa nell'ambito del mercato globale.

Quale conseguenza diretta dell'incremento di tale fenomeno ne è infatti derivata la necessità di ricorrere, nelle operazioni economiche e commerciali tra professionista e consumatore, a forme di contrattazione di massa, in principio maggiormente limitatrici delle

scelte di autonomia privata. Si tratta, infatti, di forme di contrattazione tipicamente caratterizzate dalla velocità degli scambi e dall'omissione della fase delle trattative tra le parti, alimentate da sofisticate operazioni di marketing e tecniche di pubblicità volte a sollecitare, talora in misura anche aggressiva, l'interesse del consumatore³.

Conseguentemente all'affinamento e all'evoluzione delle modalità di incontro sul mercato tra professionista e consumatore, una tutela di tipo preventivo e collettivo è apparsa maggiormente adeguata rispetto alla più accentuata capacità persuasiva del professionista, amplificata dalla maggiore propensione al consumo venutasi a registrare in anni recenti e dall'accresciuta tendenza del consumatore a sopportare un sacrificio economico a fronte del soddisfacimento di bisogni che, spesso, in passato non erano neppure avvertiti⁴.

Nell'ambito di tale politica legislativa si inserisce la disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, introdotta l'11 Maggio 2005 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio Europeo con Direttiva 2005/29/CE⁵. Con tale provvedimento si è inteso apprestare una forma di tutela volta a operare in via preventiva a garanzia della generalità dei consumatori che si relazionino sul mercato con l'imprenditore.

In particolare, la direttiva delinea un complesso di regole dirette a disciplinare l'attività del professionista e a tutelare la pluralità di tutti i potenziali consumatori che, a qualsiasi titolo, entrino in contatto con l'impresa, facendo divieto a quest'ultima di ricorrere a pratiche

³ M. C. CHERUBINI, *Pratiche commerciali ingannevoli ed effetti sul contratto: alcune osservazioni ed un'ipotesi*, in AA.VV. *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano 2008, pp. 448 e ss.

⁴ A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali* in *Studium Iuris*, Vol. 21, II, Padova 2015, pp. 181 e ss.

⁵ 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») pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 149 dell'11 Giugno 2005. La direttiva è entrata in vigore il 12 Giugno 2005, prevedendo quale data ultima per il recepimento all'interno degli Stati membri il 12 Giugno 2007. L'art. 3 (comma 5) della direttiva consentiva tuttavia agli Stati membri di continuare ad applicare, per un periodo di sei anni dall'entrata in vigore, disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla direttiva stessa nel settore da essa armonizzato, in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione. Tali misure, si richiedeva, dovevano essere essenziali al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori a fronte di pratiche commerciali sleali e quindi proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo.

commerciali sleali idonee a “*falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore*”⁶.

Guardando alla struttura e ai contenuti della direttiva, emerge chiaramente la vocazione trasversale della disciplina introdotta e l’approccio tipicamente “orizzontale” che il legislatore ha inteso perseguire⁷. Tale approccio si giustifica in ragione della vasta panoramica di fattispecie suscettibili di essere ricomprese nell’ampia nozione di pratiche commerciali sleali, tale da includervi qualsivoglia comportamento attivo o omissivo tenuto dal professionista nell’arco di tutte le molteplici fasi in cui si sviluppa il rapporto di consumo, e cioè non solo con riguardo alle fase contrattuale in senso stretto, ma anche in riferimento alle fasi che precedono l’operazione commerciale, come la pubblicità e gli obblighi informativi, e alla fase successiva all’eventuale conclusione del contratto⁸.

La Direttiva 2005/29/CE si propone infatti di regolamentare *tutte* le pratiche commerciali poste in essere nell’ambito dei rapporti tra consumatori e imprenditori, di fatto innovando rispetto a precedenti direttive che già si occupavano di disciplinare le condotte tenute dai professionisti nei confronti dei consumatori in vista della promozione e della stipulazione di contratti, ma che ciò facevano secondo un approccio “verticale”, cioè limitato a singole tipologie di pratiche commerciali⁹, ovvero a pratiche commerciali aventi ad oggetto speciali categorie di beni o servizi¹⁰ o poste in essere ricorrendo a determinati e specifici mezzi di comunicazione¹¹.

⁶ Art. 2, c. 1, lett. e); art. 5, Direttiva 2005/29/CE.

⁷ G. DE CRISTOFARO, *La Direttiva 2005/29/CE in Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo*, Torino 2008, pp. 29 e ss.

⁸ M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino 2008, p. 16.

⁹ Direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 Febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, in G.U.C.E., n. L 136 del 30 Aprile 2004.

¹⁰ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 Novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in G.U.C.E., n. L 311 del 28 Novembre 2001, come modificata dalla Direttiva 2004/27/CE del 31 Marzo 2004; Direttiva 2003/33/ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 Maggio 2003 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, in G.U.C.E., n. L 152 del 20 Giugno 2003.

¹¹ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio del 3 Ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l’esercizio delle attività televisive, in G.U.C.E., n. L 298 del 17 Ottobre 1989, come modificata dalla Direttiva 97/26/CE; Direttiva 2000/31/CE del

Sebbene la direttiva si soffermi analiticamente sulla descrizione dei presupposti necessari a determinare l'ingannevolezza e l'aggressività di una pratica, il legislatore europeo ha espressamente previsto che nell'allegato I alla direttiva si individuasse un elenco di pratiche commerciali da considerarsi in ogni caso sleali¹².

L'allegato I, quindi, procede a enucleare e tipizzare trentuno ipotesi di pratiche ingannevoli (ventitré fattispecie) e aggressive (otto fattispecie) che possono essere considerate *iuris et de iure* sleali, in ragione del particolare disvalore che le contraddistinguono, e pertanto da ritenersi in ogni caso vietate, senza la necessità di procedere ad una valutazione caso per caso, in deroga agli articoli da 5 a 9 della direttiva (la cd. *black list* o lista nera di pratiche commerciali sleali)¹³.

La scelta di rimettere *ex ante* al legislatore comunitario il compito di operare un giudizio sul disvalore della pratica, sottraendole alla valutazione arbitraria dell'interprete, risulta innanzitutto funzionale a garantire maggiore certezza sul piano del diritto, ma persevera anche nello scopo di rafforzare la fiducia che i consumatori ripongono nel mercato interno, nella misura in cui si consente una più agevole e diretta individuazione delle fattispecie vietate¹⁴.

L'allegato II alla direttiva contempla invece un elenco non completo degli obblighi di informazione previsti dall'*acquis* comunitario, da considerarsi rilevanti in materia di comunicazione commerciale, compresa la pubblicità e il marketing¹⁵.

Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 Giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in G.U.C.E., n. L 178 del 17 Luglio 2000.

¹² Art. 5, c. 5, Direttiva 2005/29/CE.

¹³ Considerando 17, Direttiva 2005/29/CE.

¹⁴ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della Direttiva 2005/29/CE* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 191 e ss.

¹⁵ Considerando 15 e art. 7, c. 5, Direttiva 2005/29/CE.

1.2 - Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il Libro Verde sulla comunicazione commerciale

Le riflessioni formulate dalla Commissione Europea nel Libro Verde del 1996 sulle “*Comunicazioni commerciali nel mercato interno*”¹⁶ costituiscono un’imprescindibile premessa storica e giuridica che ha condotto, attraverso un lungo e articolato *iter* normativo, all’adozione della Direttiva 2005/29/CE.

Il concetto di comunicazione commerciale veniva delineato nel Libro Verde del 1996 al fine di ricomprendere al suo interno “*ogni forma di comunicazione volta a promuovere prodotti, servizi, l’immagine di una impresa o di una organizzazione presso i consumatori finali o presso i distributori*”.

In particolare, il Libro Verde evidenziava come la comunicazione commerciale, nella cui definizione si includono tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e relazioni pubbliche, costituisse uno dei pilastri su cui l’Unione Europea intende fondare il mercato unico, in quanto potente fattore di integrazione dei mercati nazionali. Il Libro Verde prendeva atto che i servizi di comunicazione commerciale transfrontaliera rappresentassero fenomeni in crescita nel mercato interno e, tuttavia, rilevava che la presenza di differenti misure nazionali sulla comunicazione commerciale costituisse un grave impedimento alla creazione di un mercato unico in tale settore.

Un siffatto eterogeneo quadro regolamentare in materia, stante i maggiori costi e rischi ad esso connessi, determinava un decisivo ostacolo all’attività dell’imprese che intendessero offrire beni e servizi al di fuori del rispettivo territorio nazionale, inducendo anche i consumatori medesimi a diffidare dal compiere acquisti in paesi stranieri.

Infatti, l’esistenza di significative differenze fra le legislazioni nazionali in tema di pubblicità, comunicazione commerciale e pratiche commerciali, nonché la presenza in taluni

¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulle Comunicazioni commerciali nel mercato interno*, COM (1996) 192 def.

settori regolati dal diritto comunitario di provvedimenti di armonizzazione “minima” che, in quanto tali, legittimavano gli Stati membri a discostarsi dai relativi contenuti (seppure solo attraverso l’adozione di misure più rigorose), di fatto impediva ai professionisti di adottare prassi commerciali e campagne pubblicitarie uniformi, dovendosi necessariamente procedere ad un concreto adeguamento rispetto alle peculiarità delle legislazioni vigenti nei paesi di riferimento.

Per altro verso, gli stessi consumatori venivano frenati dall’effettuare acquisti con professionisti aventi sede in paesi diversi dal proprio, per le insicurezze derivanti oltre che dai tradizionali ostacoli linguistici, fiscali e spazio-temporali, anche dall’ignoranza delle leggi vigenti in tali stati¹⁷.

Emergeva con tutta evidenza, dunque, la necessità di eliminare le diversità sussistenti nei diritti nazionali, al fine di garantire la realizzazione della libera circolazione della comunicazione commerciale e promuovere le negoziazioni transfrontaliere. La libera circolazione della comunicazione commerciale transfrontaliera risultava infatti essenziale e funzionale all’obiettivo prioritario e strategico del mercato unico¹⁸.

D’altro canto, il progressivo incremento di operazioni transfrontaliere concluse tra il consumatore finale e le imprese commerciali imponeva, senza dubbio, la ricerca di un corretto equilibrio tra libera circolazione dell’informazione e protezione dei consumatori¹⁹.

¹⁷ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 3 e ss.

¹⁹ Commissione per i problemi economici e monetari e la politica industriale, *Relazione del Parlamento Europeo del 24 Giugno 1997 sul Libro Verde della Commissione “La comunicazione commerciale nel mercato interno”*.

1.2.1 - L'incidenza della comunicazione commerciale sulla libertà di scelta del consumatore, il ruolo della pubblicità e gli obblighi di informazione

Occorre riconoscere che la fase della comunicazione ha da sempre ricoperto un ruolo fondamentale nel processo di commercializzazione di beni e servizi.

Il concetto di “comunicazione commerciale” si connota per una necessaria e peculiare vaghezza, determinata dalle molteplici sfaccettature che contraddistinguono l'attività economica dei tempi moderni e di cui rappresentano aspetti caratterizzanti, da un lato, la continua evoluzione degli scambi commerciali, dall'altro lato, l'avvento di canali interattivi nuovi e sempre più diversificati, attraverso i quali viene veicolato il messaggio pubblicitario²⁰.

La comunicazione commerciale ricomprende, infatti, una serie di atti, non passibili di tipizzazione, diretti a promuovere la circolazione di beni e servizi poiché suscettibili di incidere sul “comportamento di consumo” e rivolti, essenzialmente, al “mercato finale”²¹.

Accade frequentemente che gli operatori economici non si limitino semplicemente a comunicare un'informazione agli utenti, ma, in considerazione della forma e del contenuto del messaggio trasmesso nel caso concreto, possono anche inserirsi nel processo decisionale del destinatario, inducendolo ad assumere decisioni che ineriscano non soltanto alla scelta di concludere un negozio giuridico, ma più in generale alle sue abitudini di vita e di consumo²².

La forza della comunicazione commerciale è tale per cui essa può addirittura ingenerare nel consumatore una necessità che, prima della comunicazione stessa, risultava in realtà del tutto estranea alla sua sfera psichica e volitiva²³.

Ai nostri giorni, a ricoprire maggiore importanza è l'interazione che sussiste, in particolare, tra l'attività economica e la comunicazione commerciale considerata sotto il profilo

²⁰ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino 2018, pp. 5 e ss.

²¹ L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 2.

²² E. LABELLA, *op. cit.*, p. 5.

²³ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari 2002, p. 114.

del fenomeno pubblicitario²⁴. La pubblicità vanta infatti una lunga tradizione e viene oggi a rivestire un ruolo centrale nel quadro della comunicazione tra professionista e consumatori.

Nel mondo globalizzato e contraddistinto dalla commercializzazione di massa, è incontestato che il messaggio pubblicitario assuma una funzione basilare nell'economia dell'impresa, quale strumento di diffusione di informazioni che possano esplicare una fondamentale incidenza sulla volontà negoziale del consumatore²⁵. È proprio la pubblicità, considerata quale forma tipica della comunicazione commerciale, il primo strumento idoneo a far sorgere nell'animo del consumatore il proposito commerciale.

È peraltro opinione ampiamente condivisa quella per cui la pubblicità sia passata dall'assolvere una funzione esclusivamente informativa allo svolgere anche e soprattutto una funzione propriamente persuasiva, nella misura in cui essa risulta in grado di creare nuovi bisogni ed esigenze in capo al consumatore finale, di fatto incidendo sul profilo della domanda nel mercato globale.

La pubblicità è però idonea a garantire il corretto funzionamento del mercato anche sul piano dell'offerta, quale momento in cui le imprese concorrono per il soddisfacimento dei bisogni della società. Infatti, posto che la pubblicità, ma più in generale la comunicazione commerciale nel suo complesso, non ha quali destinatari i soli consumatori finali, bensì tutti quei soggetti del mercato che possano in qualche modo incidere sulle decisioni di acquisto dei clienti, è possibile individuare anche una funzione riflessa o secondaria della pubblicità, poiché essa risulta in grado di esplicare la sua influenza anche sui comportamenti posti in essere dai *competitors* nei rapporti orizzontali tra imprese. In altri termini, la pubblicità di un determinato prodotto effettuata da un dato imprenditore esplicherà effetti persuasivi anche su altri operatori

²⁴ L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Manuale di diritto privato europeo* a cura di Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto, Milano 2008, t. III, p. 440.

²⁵ S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova 2012, p. 1.

commerciali, come ad esempio i rivenditori, che a loro volta decideranno consapevolmente se pubblicizzare o meno il medesimo prodotto o prodotti analoghi²⁶.

Bisogna pertanto riconoscere che ai nostri giorni la comunicazione commerciale non è più fenomeno strettamente limitato al singolo rapporto tra le parti, ma riveste una dimensione meta-individuale, poiché idonea a influenzare le decisioni di tutti coloro che operano sul mercato, in qualità di consumatori e di professionisti, incidendo pertanto non solo sul piano della libertà di scelta del consumatore, ma anche nella prospettiva della causazione di possibili distorsioni della concorrenza.

Sotto il primo profilo, poiché attraverso la comunicazione commerciale vengono veicolate informazioni rilevanti ai fini del rapporto che si instaura tra professionista e consumatore, il diritto privato, soprattutto di fonte comunitaria, dedica particolare attenzione al momento informativo del consumatore²⁷.

Del resto, obblighi di informazione e di trasparenza nei rapporti contrattuali possono ritenersi in principio già riconducibili alla disciplina generale del contratto, indipendentemente dalla qualità delle parti o dalla finalità del rapporto contrattuale²⁸.

Infatti, sebbene un *espresso* dovere di informare la controparte sia sancito specificamente solo dall'art. 1338 del codice civile²⁹, con riferimento alla circostanza per cui una delle parti abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto³⁰, è ormai pacifica in dottrina e giurisprudenza una lettura dell'art. 1337

²⁶ M. L. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 103 e ss.

²⁷ E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 7-8.

²⁸ R. ALESSI, *op. cit.*, p. 268.

²⁹ Art. 1338 c.c.: *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

³⁰ La Cassazione ha peraltro più volte riconosciuto l'applicabilità della norma non solo in relazione a cause di invalidità del contratto, ma anche con riguardo alle ipotesi di inefficacia, ravvisando la sussistenza di una medesima esigenza di tutela delle aspettative delle parti al perseguimento delle utilità cui le stesse mirano attraverso la stipulazione del contratto (cfr. *Cass. civ., Sez. Lav., sentenza n. 2327 del 5 febbraio 2016, in banca dati Pluris; Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 9636 del 12 maggio 2015, in banca dati Pluris; Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 16149 dell'8 luglio 2010, in banca dati DeJure*).

del Codice Civile³¹ che, per il tramite della clausola generale di buona fede, intesa in senso oggettivo, veicola un obbligo di informazione e di trasparenza di contenuto diverso e ulteriore rispetto all'obbligo di informazione tipizzato di cui all'art. 1338³².

In sostanza, dall'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (*ex* articolo 1337 del Codice Civile), pena la configurabilità di una responsabilità di natura precontrattuale, discende, tra gli altri, un obbligo di corretta informazione. L'informazione è, infatti, elemento determinante nel processo di formazione della volontà negoziale, per cui ciascuna parte è tenuta a fornire al *partner* contrattuale tutte le informazioni e i dati dalla stessa conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza, che siano rilevanti ai fini della stipulazione del contratto, senza omettere circostanze significative inerenti all'economia del contratto³³.

Dal generale dovere di informazione ricavato dai principi di correttezza e buona fede che, come si è detto, in quanto appartenente alla disciplina generale del contratto, è imposto a tutte le parti contraenti nella fase delle trattative e di conclusione di un qualsivoglia tipo di contratto, si passa poi a riconoscere più specificamente, nelle relazioni negoziali tra professionista e consumatore, degli *standards* di trasparenza contrattuale più elevati³⁴.

Del resto, uno degli elementi portanti su cui si fonda la disciplina a tutela degli interessi del consumatore è rappresentato dal diritto all'informazione e dalla trasparenza contrattuale. Già l'art. 2 comma 2 del Codice del Consumo, tra i diritti fondamentali del consumatore, espressamente riconosce “*il diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*”

³¹ Art. 1337 c.c.: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”.

³² R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 223 e ss.

³³ Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016, in banca dati DeJure; Cass. civ., Sez. II, sentenza n. 6526 del 26 aprile 2012, in banca dati DeJure; Cass. civ., Sez. II, sentenza n. 5297 del 29 maggio 1998, in banca dati DeJure. Si esclude, tuttavia, la configurabilità in capo alla parte contrattuale di un obbligo di *informazione-consulenza* a favore della controparte, idoneo a rendere manifesti i motivi per i quali si stipula il contratto, eventuali dati ed elementi di valutazione frutto di autonomi personali studi e approfondimenti sulla natura dell'affare, che possano aver richiesto la sopportazione di costi economici e che siano tali da agevolare il *partner* contrattuale nel calcolo sulla convenienza della transazione. Un limite al dovere di informazione si ravvisa, pertanto, in virtù del principio di auto-responsabilità, nell'*onere di informazione* che grava su ciascun soggetto che avvii una trattativa. (cfr. R. ALESSI, *op. cit.*, p. 223 e ss.).

³⁴ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 268 e ss.

(lett. c) e il “*diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità nei rapporti contrattuali*” (lett. e)³⁵.

Il diritto all’informazione costituisce inoltre uno dei pilastri su cui si fonda la tutela degli interessi dei consumatori, come si evinceva già dal testo dell’ex articolo 153 TCE (oggi articolo 169 TFUE). Invero, il diritto di fonte europea e la normativa italiana di recepimento prevedono puntuali e analitici obblighi di informazione e di *disclosure* a carico del professionista, tanto con riferimento alla fase precontrattuale³⁶ quanto con riguardo alla fase successiva alla conclusione del contratto. L’adempimento di tali obblighi si impone al professionista indipendentemente dalla circostanza per cui la comunicazione sia o meno “individualizzata” rispetto al singolo consumatore, e perciò anche laddove sia rivolta ad una pluralità indeterminata di destinatari, come frequentemente accade nell’ipotesi di trasmissione di un messaggio pubblicitario³⁷.

La trasparenza contrattuale è infatti diretta a consentire al consumatore l’assunzione di scelte consapevoli e razionali in merito ai diversi soggetti e prodotti presenti sul mercato, poiché trattasi di decisioni supportate dalla piena comprensione e dall’apprezzamento della convenienza delle condizioni economiche e contrattuali che gli siano offerte.

Pertanto, la previsione di obblighi informativi in capo al professionista ha innanzitutto l’obiettivo di colmare l’asimmetria di potere negoziale che connota il rapporto tra professionista e consumatore, al fine di bilanciare la posizione del contraente più debole attraverso una maggiore completezza, trasparenza e chiarezza del regolamento contrattuale.

³⁵ Art. 2, Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 "*Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 235 del 8 ottobre 2005 - Supplemento Ordinario n. 162.

³⁶ A seguito dell’intervento della Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, e del D. Lgs. n.21 del 21 Febbraio 2014 che vi ha dato attuazione, un generale obbligo di informazione minima che il professionista deve rendere al consumatore in modo chiaro e comprensibile in fase precontrattuale, è oggi espressamente contemplato all’art. 48 del Codice del Consumo con riferimento ai contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali. Per questi ultimi, infatti, in considerazione delle particolari modalità di conclusione del contratto, sono previsti obblighi di informazione a carico del professionista, che prevedono un contenuto più analitico e dettagliato.

³⁷ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 268 e ss.

In quest'ottica, l'informazione costituisce per il consumatore il presupposto primario e imprescindibile per assumere una decisione ponderata in merito alla possibilità di porre in essere un atto o un'attività economica³⁸.

In secondo luogo, essa rende certamente più agevole il controllo da parte delle autorità preposte o degli imprenditori concorrenti in merito alla sussistenza di pratiche commerciali scorrette attuate per il tramite di clausole contrattuali ambigue e poco chiare³⁹.

Occorre inoltre considerare che nell'ambito delle più recenti operazioni commerciali, il contratto non è più considerato unico mezzo per il cui tramite si manifestano le scelte di autonomia privata, ma ad assumere rilevanza è l'intero procedimento attraverso il quale si svolge l'operazione economica, all'esito della quale, eventualmente, si perviene al negozio giuridico. Per questo motivo, la tutela del consumatore e la garanzia di una corretta informazione si impongono in tutte le fasi attraverso le quali si esplica l'incontro tra professionista e consumatore, a garanzia della genuinità dell'intero percorso decisionale⁴⁰.

Se, quindi, attraverso il momento della comunicazione commerciale e, in specie, attraverso il messaggio pubblicitario, si realizza il primo effettivo "contatto" tra professionista e consumatore, idoneo a determinare una sollecitazione del bisogno consumeristico, è invece attraverso il momento informativo che si consente al consumatore di raggiungere un apprezzabile grado di consapevolezza in ordine alla scelta economica da intraprendere.

Sulla base delle informazioni fornite e dal medesimo interpretate, infatti, si assume che il consumatore diventi capace di formare liberamente e spontaneamente il suo consenso e, di conseguenza, sia in grado di adottare una decisione di natura commerciale che possa ritenersi razionale; fermo restando che siffatta decisione possa legittimamente tradursi nella scelta di

³⁸ P. BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, p. 282.

³⁹ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 268 e ss.

⁴⁰ P. BORTONE, *op. cit.*, p. 280.

non concludere alcun atto negoziale ovvero di concludere un contratto a condizioni differenti o nei confronti di un operatore diverso da quello che ha reso la comunicazione commerciale.

Quello comunicativo e quello informativo rappresentano in sostanza due distinti “momenti economici” che si svolgono all’interno del mercato. Un mercato nel quale l’ordinamento europeo tende a garantire il più elevato grado di trasparenza e correttezza apprestando, a tal fine, una specifica disciplina volta a regolamentare il comportamento economico degli operatori commerciali nei rispettivi rapporti con i destinatari dei beni e dei servizi oggetto della comunicazione stessa⁴¹.

L’imposizione di obblighi di informazione si giustifica infatti sulla base della considerazione per cui il consumatore che compie una scelta libera e consapevole è in grado di realizzare modelli economici efficienti e pertanto contribuisce, attraverso l’assunzione di decisioni razionali, alla realizzazione del buon funzionamento del mercato⁴².

Da qui la necessità che la trasparenza assurga a modalità operativa dell’esercizio dell’impresa, imposta non solo nell’interesse del singolo destinatario, ma anche a garanzia della libertà di concorrenza e dell’efficienza del mercato⁴³.

1.3 - Le origini della Direttiva 2005/29/CE: il *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione Europea* e l’esigenza di un intervento di armonizzazione

La Direttiva 2005/29/CE dà attuazione, sul piano normativo, alle considerazioni già preliminarmente espresse dalla Commissione Europea nel Libro Verde del 1996 sulle “*Comunicazioni commerciali nel mercato interno*”, nonché alle esigenze rilevate nel Libro Verde del 2001 “*Sulla tutela dei consumatori nell’Unione Europea*”, il quale, al pari del primo,

⁴¹ E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁴² *Ibid.*

⁴³ M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* in *Eur. dir. priv.*, IV, Milano 2000, p. 1084.

si configura quale fondamentale premessa che ha condotto le istituzioni comunitarie ad adottare la normativa sulle pratiche commerciali sleali⁴⁴.

In particolare, il Libro Verde del 2001 mirava ad avviare una consultazione pubblica sul futuro orientamento della salvaguardia dei consumatori nell'Unione Europea e metteva in evidenza come, al fine di incentivare i movimenti transfrontalieri di beni e servizi nell'ambito dell'Unione Europea, fosse necessario intervenire sul quadro normativo attraverso l'eliminazione delle differenze registrate dalle legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali relative alle relazioni tra imprese e consumatori.

In questo modo si sarebbe consentito ai consumatori di trarre maggiori vantaggi dal mercato interno in termini di fruibilità di prodotti e servizi innovativi, possibilità di compiere scelte più convenienti, aumento della concorrenza con conseguente capacità di accesso a offerte più efficienti e a prezzi più competitivi. Infatti, nel Libro Verde opportunamente si rilevava come quelle diversità derivanti da normative nazionali specifiche, dalla diversificazione dei principi generali o da differenze giurisprudenziali, risultassero ostative all'obiettivo di

⁴⁴ Il percorso normativo che ha portato all'adozione della Direttiva 2005/29/CE, di cui, come si è già rilevato, costituisce necessaria premessa il *Libro Verde sulle comunicazioni commerciali nel mercato interno*, in sostanza ha preso avvio dal *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*, predisposto dalla Commissione Europea e presentato il 2 ottobre 2001 (in COM (2001) 531 def.); successivamente, in data 11 Giugno 2002, la Commissione Europea ha adottato la Comunicazione "*Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE*", in COM (2002) 289 def.).

Successivamente all'adozione del Libro Verde, il 7 Maggio 2006 la Commissione ha emesso una Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Consiglio, e al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni la "*Strategia per la tutela dei consumatori per gli anni 2002-2006*".

Dando attuazione a quanto previsto dal Libro Verde, bypassando il consueto procedimento che prevedrebbe l'adozione di un Libro Bianco quale seguito normativo del Libro Verde, la Commissione ha presentato, il 18 giugno 2003, una Proposta di direttiva «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori .nel mercato interno» (in COM (2003) 356 def.), alla quale ha fatto seguito il parere favorevole del Comitato economico e sociale europeo del 29 Gennaio 2004 (in G.U.U.E., n. C 108 del 30 aprile 2004, p. 81). Successivamente, la proposta è stata sottoposta al Parlamento europeo, che l'ha approvata (con risoluzione legislativa del 20 aprile 2004, in G.U.U.E. n. C 104E del 30 aprile 2004, p. 260), evidenziando però la necessità di introdurre taluni emendamenti quali elementi ulteriori di tutela del consumatore. Il Consiglio ha successivamente approvato, il 15 novembre 2004, la propria Posizione comune (in G.U.U.E., n. C 38E del 15 febbraio 2005, p. 1), sulla quale si sono espressi sia la Commissione (con una Comunicazione del 16 novembre 2004, in COM (2004) 753 def.) che il Parlamento europeo (con risoluzione del 24 febbraio 2005).

Per maggiore completezza in merito all'*iter* normativo che ha condotto all'adozione della Direttiva: cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 3 e L. DI MAURO, *L'iter normativo: dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori alla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 25 e ss.

promozione degli scambi transfrontalieri e, piuttosto, fossero idonee a provocare distorsioni della concorrenza.

In considerazione di siffatto quadro diversificato, infatti, risultava possibile che pratiche commerciali simili, ma attuate in Stati membri diversi, potessero agevolmente diventare oggetto di considerazione differente all'interno dell'Unione Europea.

Si osservava come l'intento di creare un “*mercato interno dei consumatori*”⁴⁵, in cui questi ultimi potessero partecipare attivamente e in modo diretto attraverso acquisti transfrontalieri, collidesse certamente con l'assenza di certezza e chiarezza nei sistemi giuridici degli Stati membri, rappresentando un freno notevole all'affidabilità che i consumatori venivano a riporre nelle transazioni transfrontaliere. Del resto, si sottolineava che “*il mercato interno, come tutti i mercati, dipende dalla fiducia dei consumatori*”⁴⁶.

Allo stesso tempo, la diversa regolamentazione giuridica a cui venivano sottoposte le imprese in ciascuno Stato membro fungeva da deterrente al commercio nel mercato interno. Il Libro Verde esprimeva pertanto l'esigenza di un intervento legislativo organico, volto ad assicurare un'armonizzazione delle normative nazionali sulle pratiche commerciali poste in essere nelle relazioni tra imprese e consumatori, nell'ottica di consentire un incremento dell'affidabilità del mercato interno e di imprimere forte impulso alla competitività delle imprese operanti nell'Unione Europea.

A tal fine, il Libro Verde contemplava due possibili approcci in relazione al metodo normativo applicabile: “*l'approccio specifico*”, basato sull'emanazione di direttive in ambiti di applicazione particolari; “*l'approccio misto*”, consistente nell'introduzione di una direttiva-quadro globale, integrata, ove necessario, da ulteriori direttive specifiche.

Da ultimo, dunque, preso atto che “*le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali sono caratterizzate da differenze notevoli che possono provocare sensibili*

⁴⁵ COMMISSIONE EUROPEA, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001) 531 def., p. 10.

⁴⁶ *Ibid.*

*distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno*⁴⁷, il legislatore europeo, seguendo l'approccio misto, è intervenuto con un provvedimento diretto a realizzare un'armonizzazione massima (c.d. *target full harmonization*⁴⁸) delle legislazioni nazionali con riguardo alla regolamentazione delle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori⁴⁹.

La Direttiva 2005/29/CE concreta, pertanto, quella auspicata misura di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali di cui il Libro Verde sottolineava ampiamente l'urgenza. Il legislatore europeo, del resto, come si evince dai "considerando" alla direttiva in commento, si mostra consapevole di come le differenti e previgenti normative in materia costituissero effettiva fonte di incertezza in merito all'applicabilità delle disposizioni nazionali alle pratiche commerciali sleali, comportando "*molti ostacoli sia alle imprese che ai consumatori*" e rendendo "*più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà del mercato interno*". Tale situazione aveva peraltro l'effetto di determinare "*incertezze circa i diritti di cui godono i consumatori*", compromettendo la fiducia da questi riposta nel corretto funzionamento nel mercato interno⁵⁰.

Al contrario, dall'armonizzazione attuata con la direttiva, si sarebbe realizzato "*un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese*", offrendosi alla loro attenzione un unico quadro normativo a regolamentare tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali poste in essere nell'ambito della Unione Europea, eliminando gli ostacoli in precedenza posti dalla frammentazione delle norme e consentendo l'instaurazione del mercato interno⁵¹.

⁴⁷ Considerando 3, Direttiva 2005/29/CE.

⁴⁸ T. BROGGIATO, *La direttiva n.2005/29 sulle pratiche commerciali sleali* in *Riv. dir. banc.*, II, 2006, p. 23.

⁴⁹ In particolare, attraverso l'adozione di un provvedimento di armonizzazione massima (detta anche "piena" o "completa"), il legislatore europeo ha precluso agli Stati membri non soltanto l'adozione di previsioni che riconoscano al consumatore una tutela di livello inferiore a quella introdotta con la direttiva in esame, ma anche la possibilità di introdurre disposizioni che prevedano maggiori obblighi per le imprese e risultino pertanto maggiormente garantiste con riguardo alla posizione del consumatore.

⁵⁰ Considerando 4, Direttiva 2005/29/CE.

⁵¹ Considerando 12, Direttiva 2005/29/CE.

1.4 - La duplice *ratio* della Direttiva e la necessaria convergenza delle tutele apprestate

La base giuridica della Direttiva 2005/29/CE viene espressamente individuata dal legislatore comunitario nell'ex articolo 95 del Trattato CE (oggi articolo 114 TFUE)⁵².

Il provvedimento si pone quindi come una misura di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, adottato al fine di garantire l'instaurazione e il buon funzionamento del mercato interno, cioè di uno spazio privo di frontiere nel quale venga realizzata la libera circolazione di merci e servizi⁵³.

Attraverso l'introduzione della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, inoltre, le istituzioni comunitarie hanno inteso perseguire un'ulteriore finalità: assicurare ai consumatori un livello elevato e uniforme di tutela all'interno degli Stati membri. Ciò hanno inteso realizzare attraverso un provvedimento che precipuamente si propone di apprestare una tutela di tipo preventivo e generale dei consumatori nell'ambito dei loro rapporti commerciali con le imprese.

Pertanto, la Direttiva 2005/29/CE, seppur inquadrabile nell'ambito delle misure introdotte per consentire la realizzazione del mercato interno, non esaurisce in ciò il suo scopo. Essa si configura altresì come una misura diretta a promuovere gli interessi economici dei consumatori e ad assicurare loro un elevato livello di protezione⁵⁴.

Questa seconda imprescindibile finalità emerge innanzitutto dal richiamo all'ex articolo 153 TCE (oggi articolo 169 TFUE) operato nel Considerando 1 del provvedimento⁵⁵.

In secondo luogo, altro dato fondamentale in tal senso si rileva prestando attenzione all'effettivo ambito di applicazione della direttiva, posto che la stessa rende espressamente

⁵² Considerando 1, Direttiva 2005/29/CE.

⁵³ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 1 e ss.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Considerando 1, Direttiva 2005/29/CE. Furono il parere del Comitato Economico e Sociale e del Comitato dei Rappresentati Permanenti, nonché un successivo emendamento del Parlamento Europeo, a sottolineare la necessità di porre sullo stesso piano l'obiettivo del funzionamento del mercato interno e quello di un'elevata tutela dei consumatori, prevedendo così il richiamo all'art. 153 oggi espressamente contenuto nel Considerando 1 della Direttiva.

oggetto di divieto l'attuazione di pratiche commerciali sleali "*lesive degli interessi economici dei consumatori*"⁵⁶.

La normativa sulle pratiche commerciali sleali intende infatti tutelare direttamente gli interessi economici dei consumatori, cioè quegli interessi di natura patrimoniale attinenti alla libertà di scelta e all'assunzione di una decisione relativa all'esercizio (o al non-esercizio) dei diritti dei consumatori medesimi⁵⁷. Rimangono invece escluse dall'ambito di applicazione della direttiva quelle pratiche commerciali sleali che si rivelino lesive esclusivamente di interessi dei consumatori che non abbiano natura economica o che ledano unicamente gli interessi, anche economici, di altri professionisti o imprenditori concorrenti, senza che ciò produca parimenti un pregiudizio economico per il consumatore⁵⁸.

Tale impostazione comporta quindi l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva di quelle pratiche che, sebbene integranti atti di concorrenza sleale in taluni Stati membri, non siano idonee a ledere direttamente gli interessi economici dei consumatori (ad esempio, la denigrazione di concorrenti che, nell'ordinamento italiano, configura un atto di concorrenza sleale *ex* articolo 2598, comma 1, numero 2 del Codice Civile)⁵⁹.

Le istituzioni comunitarie già all'interno della direttiva non mancano tuttavia di riconoscere che attraverso la tutela diretta degli interessi economici dei consumatori si possa determinare anche una tutela indiretta degli interessi dei concorrenti legittimi, garantendo in questo modo una concorrenza leale nel settore di riferimento⁶⁰.

⁵⁶ Art. 1, Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁷ CAMERA DI COMMERCIO ANCONA, *Le pratiche commerciali scorrette. Pubblicità ingannevole, omissione delle controindicazioni, informazioni "non trasparenti": cosa prevede la legge a tutela del consumatore e come segnalare una pratica commerciale scorretta* in *I Quaderni del Consumatore*, 2012, p. 7.

⁵⁸ Considerando 6, Direttiva 2005/29/CE. In particolare, si legge: "(...) Essa non riguarda e lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, gli Stati membri, ove lo desiderino, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria. Inoltre la presente direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa. (...)".

⁵⁹ A. SACCO GINEVRI, *La Direttiva 2005/29/CE e la disciplina della concorrenza* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, p. 90.

⁶⁰ Considerando 6 e Considerando 8, Direttiva 2005/29/CE.

Tutto ciò premesso, è evidente che non si possa prescindere da un'analisi della Direttiva 2005/29/CE che tenga in debito conto lo stretto legame che intercorre tra le istanze di tutela degli interessi dei consumatori e l'esigenza di garantire l'instaurazione e l'efficiente funzionamento del mercato interno, evitando che al suo interno si verifichino possibili distorsioni della concorrenza⁶¹.

Le duplici ragioni di tutela sottese alla disciplina introdotta dalla Direttiva 2005/29/CE emergono con evidenza già dalla lettura dell'articolo 1, che ne delinea lo scopo di “*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*”⁶².

Del resto, sebbene la direttiva sia dichiaratamente rivolta alla tutela degli interessi economici dei consumatori, si può argomentare nel senso di ritenere che obiettivo cardine del provvedimento sembri piuttosto consistere nella garanzia della realizzazione e del corretto funzionamento del mercato interno⁶³.

Tale circostanza parrebbe innanzitutto confermata dall'assenza, nell'ambito della complessiva normativa, di una specifica regolamentazione degli aspetti inerenti agli effetti e alla validità del contratto concluso in conseguenza o a causa di una pratica commerciale scorretta; né tantomeno la direttiva contempla uno specifico rimedio individuale operante a tutela del singolo consumatore che sia stato leso dalla pratica commerciale sleale.

Difatti, il legislatore comunitario non si occupa specificamente di questo aspetto, limitandosi ad affermare che “*La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto*”⁶⁴ e quindi, di fatto, rimettendo la questione al diritto interno degli Stati membri.

⁶¹ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 2.

⁶² Art. 1, Direttiva 2005/29/CE.

⁶³ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 3, nota 30.

⁶⁴ Art. 3, c. 2, Direttiva 2005/29/CE.

In evidente contraddizione rispetto all'intento di armonizzazione completa, dunque, la soluzione della questione inerente alle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette e la definizione dei conseguenti rimedi, è stata rimessa all'autonomia e alla discrezionalità dei singoli legislatori nazionali⁶⁵.

Il legislatore europeo si è infatti limitato a prevedere sanzioni e rimedi di natura amministrativa e a richiamare l'applicabilità degli ordinari strumenti giurisdizionali a garanzia della generalità dei consumatori collettivamente considerati e, indirettamente, dei concorrenti legittimi che operano sul mercato⁶⁶, in ogni caso rimettendo ai singoli Stati membri la scelta tra l'adozione del meccanismo di tutela operante in via giurisdizionale ovvero di quello attuabile in via amministrativa⁶⁷. Scelta che, del resto, concreta un ulteriore indice della volontà del legislatore di qualificare quale obiettivo primario sotteso alla normativa in esame la garanzia del buon funzionamento del mercato interno e la tutela della libertà di concorrenza.

A ulteriore conferma della preminenza di tale finalità rispetto al diverso obiettivo di tutela del consumatore, vi è la scelta di ricorrere a un provvedimento teso a realizzare un'armonizzazione asseritamente massima. Infatti, si potrebbe affermare che se il legislatore comunitario avesse inteso assicurare in via prioritaria la tutela del singolo consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, non avrebbe fatto ricorso alla cd. *target full harmonization*, bensì più opportunamente avrebbe adottato un provvedimento ispirato a principi di armonizzazione minima, consentendo di fatto ai legislatori nazionali di emanare norme più rigorose e garantiste, in un'ottica di maggior *favor* verso il consumatore. Per converso, il legislatore comunitario ha impedito ogni possibilità per i singoli Stati membri di intraprendere iniziative autonome in senso migliorativo della posizione giuridica del consumatore⁶⁸.

⁶⁵ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 38; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, p. 249.

⁶⁶ C. GRANELLI, "Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo, in *Obblig. Contr.*, Torino 2007, p. 777.

⁶⁷ Art. 11, Direttiva 2005/29/CE.

⁶⁸ A. COSTA, *op. cit.*, pp. 248-249.

In sostanza, quindi, si può ritenere che nell'ambito della Direttiva 2005/29/CE la dimensione economica e la finalità di regolazione del mercato assumano un ruolo prevalente rispetto all'ottica individualistica e alla tutela privatistica del consumatore.

Preso dunque atto della duplicità dello scopo perseguito dalla direttiva in esame e delle ragioni che conducono a ritenere preminente, nell'ottica del legislatore comunitario, la finalità di protezione del mercato e la tutela della libertà di concorrenza, risulta comunque doveroso tenere a mente che l'intento di tutela del consumatore e quello di realizzazione del mercato unico sono obiettivi che inevitabilmente vengono a convergere.

Del resto, un livello elevato di tutela del consumatore può agevolmente conseguirsi solo in un mercato in cui questi possa riporre la propria fiducia e ove la libera concorrenza tra imprenditori non sia suscettibile di subire distorsioni⁶⁹.

Al tempo stesso, poiché le pratiche commerciali sleali inficiano le capacità dei consumatori di operare scelte consapevoli e razionali e comportano dunque una distorsione delle decisioni dei consumatori, ne discende consequenzialmente anche un'alterazione della libera concorrenza e la penalizzazione dell'efficienza del mercato, posto che la pratica commerciale scorretta attuata dal professionista determina il venir meno di opportunità commerciali per quegli imprenditori concorrenti che invece agiscono in modo corretto e legittimo⁷⁰.

La direttiva intende quindi espressamente riservare una tutela diretta a ciascuno dei due profili complementari, la libertà di concorrenza, da un lato, e la protezione del consumatore, dall'altro lato, in modo tale da consentire, attraverso interventi puntuali finalizzati a tutelare direttamente la pluralità degli interessi coinvolti, la corretta attuazione di tutte le politiche che concorrono al fine ultimo di garantire l'efficienza del mercato unico comunitario⁷¹.

⁶⁹ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 3, nota 3.

⁷⁰ A. SACCO GINEVRI, *op. cit.*, p. 85.

⁷¹ L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 11.

1.5 - Nuove prospettive di tutela nella relazione tra professionista e consumatore: il passaggio dalla tutela dell'atto alla tutela dell'attività

La Direttiva 2005/29/CE mira a contrastare quegli aspetti patologici della relazione tra consumatore e professionista che si traducano in comportamenti dell'impresa diretti a inficiare il procedimento di formazione della volontà del consumatore, inducendolo ad *“assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*⁷².

Il divieto viene infatti esteso ad attività eterogenee, e cioè a *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale (...)”*⁷³ che sia tale da orientare la determinazione economica del consumatore, inducendolo a subire conseguenze che potrebbero concretarsi in comportamenti di varia natura: l'obiettivo potrebbe essere quello di indurre il consumatore a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato, a concluderlo a condizioni diverse e per lo stesso meno vantaggiose, a rinunciare alla stipulazione di un contratto o all'esercizio di taluni diritti dallo stesso derivanti, ad astenersi dal porre fine a un vincolo di durata⁷⁴.

La formulazione volutamente generica utilizzata dal legislatore, volta a ricomprendere nel perimetro del divieto comportamenti che non abbiano necessariamente natura negoziale, pone in evidenza la portata applicativa particolarmente ampia della disciplina.

Come si è già avuto modo di accennare, infatti, la direttiva non si limita a tutelare il consumatore in sede di formazione dell'accordo, ma ne estende la tutela anche alle operazioni che tale fase precedono o seguono, nella misura in cui prende in considerazione l'intero arco temporale in cui si realizza la relazione commerciale, intervenendo a sanzionare tutte quelle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori poste in essere *“prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto”*⁷⁵.

⁷² Art. 2, c. 1, lett. e); Art. 6; Art. 7; Art. 8, Direttiva 2005/29/CE.

⁷³ Art. 2, c. 1, lett. d), Direttiva 2005/29/CE.

⁷⁴ M. C. CHERUBINI, *op. cit.*; A. FACHECHI, *op. cit.*

⁷⁵ Art. 3, c. 1, Direttiva 2005/29/CE.

Ne consegue che la qualificazione di una pratica commerciale in termini “slealtà” possa realizzarsi non soltanto laddove risulti idonea a incidere sulla scelta del consumatore di vincolarsi contrattualmente nei confronti del professionista, ma anche laddove inerisca al consenso dell’utente in ordine alla determinazione delle condizioni contrattuali e delle modalità di conclusione del contratto, o persino laddove riguardi scelte da attuarsi in un momento successivo alla conclusione dell’accordo⁷⁶.

Del resto, la decisione di ricomprendere nell’ambito di applicazione della normativa in oggetto l’attività commerciale nel suo complesso rappresenta la diretta conseguenza della constatata inadeguatezza del modello dialogico di contratto a descrivere le nuove e più elaborate modalità di contatto e di scambio tra professionista e consumatore che si realizzano nel mercato globale⁷⁷. Si è già detto ampiamente, infatti, della capacità dei moderni strumenti di comunicazione commerciale dell’impresa e, in specie, della idoneità del messaggio pubblicitario a stimolare la coscienza e la volontà del consumatore per indurlo ad assumere decisioni contrattualmente e/o economicamente rilevanti.

Per questi motivi, la direttiva prende in considerazione la fase addirittura antecedente a quella delle trattative in senso stretto, tale però da poter essere concettualmente ad essa sovrapposta, posto che nei contratti per adesione, quali generalmente sono i contratti tra professionista e consumatore, viene meno la stessa negoziazione tra le parti.

Come è stato autorevolmente sottolineato, infatti, *“la contrattazione fra imprese e consumatori non si svolge attraverso il confronto e il dialogo delle parti, bensì su un piano differente, il mercato, quale luogo di incontro su scala mondiale tra domanda e offerta. In questo caso, pertanto, il rischio di uno sviamento del consumatore da scelte consapevoli (quindi?) razionali, rischia di verificarsi soprattutto nel momento della promozione commerciale, ovvero in tutte quelle occasioni – preliminari e imprescindibili per la successiva*

⁷⁶ A. FACHECHI, *op. cit.*, p. 182.

⁷⁷ M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera m) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 97 e ss.

fase negoziale – in cui il professionista entra in contatto con il consumatore, sollecitando il suo interesse alla conclusione di una data scelta economica e contrattuale”⁷⁸.

Sebbene la direttiva riguardi principalmente la fase prodromica alla potenziale (ma non necessaria) conclusione di un contratto, tuttavia, non esclude dal suo ambito di applicazione anche la fase negoziale propriamente detta, intesa sia come momento di conclusione dell’accordo, sia quale momento successivo e attinente allo svolgimento del rapporto contrattuale, alla produzione degli effetti giuridici, ai rimedi esperibili nella fase patologica⁷⁹.

La normativa sulle pratiche commerciali sleali, dunque, manifesta la presa d’atto da parte del legislatore comunitario della necessità di estendere la tutela del consumatore a tutte quelle circostanze che, sebbene non strettamente contrattuali, assumano egualmente rilievo ai fini del condizionamento della volontà, anche negoziale, del consumatore. Consapevolezza che viene veicolata dal riconoscimento della sofisticazione e della maggiore incisività delle tecniche persuasive e di condizionamento di cui l’impresa oggi è in grado di disporre⁸⁰.

In sostanza, con la Direttiva 2005/29/CE si delinea il superamento del precedente modello di tutela originato dal “*contratto*” concluso con il professionista, a favore di un regime di protezione che trova il suo fondamento esclusivo nel semplice “*contatto*” instaurato tra consumatore e operatore economico, prescindendo dall’effettiva formazione di un contratto⁸¹.

Risulta palese, in tale prospettiva, l’intento del legislatore di realizzare un duplice e ambizioso obiettivo attraverso un unico strumento diretto a disciplinare i rapporti economici tra professionista e consumatore. Da un lato, si mirano a introdurre nell’ordinamento comunitario (e in quello nazionale di recepimento) nuovi strumenti a presidio della posizione del consumatore, quale soggetto attivo nel mercato interno, il quale potrebbe risultare pregiudicato

⁷⁸ A. COSTA, *op. cit.*, p. 246.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ A. FACHECHI, *op. cit.*, p. 181; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* in *Contr.*, 6, Milano 2018, pp. 689 e ss.

⁸¹ E. BRODI, *Dal “contratto” al “contatto” con il professionista: come è mutata la tutela del consumatore alla luce della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette* in *AA.VV. Scritti Giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano 2011, p. 97.

da comportamenti imprenditoriali sempre più sofisticati e suscettibili, talora, di tramutarsi in condotte anche aggressive. Dall'altro lato, attraverso la tutela della libertà di scelta del consumatore, si tende a incrementare la fiducia da questi riposta nell'efficienza degli scambi attuati con gli operatori professionali, al fine di assicurare la creazione di un mercato trasparente e razionale, non falsato dall'effetto ingenerato dall'adozione di pratiche commerciali sleali che, in via mediata, possano minare la libera concorrenza tra le imprese⁸².

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali segna quindi un passaggio determinante perché per il suo tramite l'attenzione del legislatore, in precedenza focalizzata sull'*atto*, viene ora a incentrarsi sull'*attività* di quanti operano sul mercato. Si prescinde dalla considerazione del consumatore quale mera parte contraente: egli diviene destinatario di una tutela rafforzata, non limitata al momento dell'acquisto, ma allargata alla considerazione della sua qualità di operatore economico e che trova quindi fondamento nell'interazione avviata sul mercato con l'imprenditore, indipendentemente dalla sussistenza di un effettivo rapporto contrattuale⁸³.

La disciplina sulle pratiche commerciali sleali concerne pertanto non singoli atti, bensì comportamenti e attività⁸⁴. Essa impone quindi di spostare l'attenzione dall'*atto e dalla struttura del contratto*, e cioè dal profilo statico, a quello che invece rappresenta il profilo dinamico, ovverosia *l'attività e il profilo funzionale del comportamento*⁸⁵.

La direttiva si propone infatti di disciplinare *"l'atto di consumo nel suo aspetto dinamico"*⁸⁶, cioè la complessiva operazione economica in cui il professionista, servendosi di comunicazioni, informazioni o messaggi pubblicitari, entri in contatto con il consumatore al fine di sollecitarne l'interesse all'assunzione di una data scelta di natura economica.

⁸² *Ivi*, pp. 91 e ss.

⁸³ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in *Eur. dir. priv.*, III, Milano 2010, pp. 699-700; L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali* in *Eur. dir. priv.*, I, Milano 2013, p. 6; N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta* in *Contr. impr.*, Padova 2011, p. 922.

⁸⁵ L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 703.

⁸⁶ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura* in *I Contr.*, 10, Milano 2005, p. 954.

Il consumatore, in quanto soggetto che agisce per scopi di consumo al di fuori della sua attività, di fatto non conosce o comunque ben poco sa delle caratteristiche dei beni o dei servizi offertigli e corre pertanto il rischio di diventare vittima di scelte per lui poco favorevoli che incidano negativamente sui propri interessi economici⁸⁷.

Del resto, la necessità di considerare l'atto di consumo nel suo aspetto dinamico e di seguirlo attraverso la pluralità delle fasi in cui viene a realizzarsi il rapporto di consumo, discende proprio dalla mancanza di un dialogo diretto tra le parti; dialogo attraverso cui tradizionalmente si giunge alla formazione di un contratto.

Oggi, per contro, con sempre maggiore frequenza si assiste a “scambi senza accordi”, cioè non preceduti da alcuna trattativa o negoziazione in senso stretto⁸⁸.

Viene perciò dato rilievo a qualunque momento della relazione intercorrente tra professionista e consumatore tale da consentire la conclusione di un'operazione commerciale, anche qualora questa non si concretizzi nella formazione di un contratto. In passato, invece, una tale relazione diveniva oggetto di tutela per il solo tramite della figura del “contatto sociale”⁸⁹.

La condotta dell'imprenditore, purché idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico di un consumatore, viene sanzionata indipendentemente dalla sua sussunzione nell'ambito della disciplina sulla pubblicità ingannevole o sulla pubblicità comparativa illecita, ovvero dalla configurabilità di un atto di concorrenza sleale o dalla esistenza di un contratto posto in essere tra le parti.

È evidente che il legislatore, nel quadro della disciplina delle pratiche commerciali sleali, intenda affidare la tutela della libertà e del consenso contrattuale, tipicamente demandati al campo del diritto privato, a nuovi strumenti di regolazione del mercato.

⁸⁷ L. DI MAURO, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁸⁸ L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁹ M. SCALI, *op. cit.*

In tale ottica, il bene giuridico protetto, e cioè la libertà di consenso del consumatore, diventa oggetto di specifica tutela ancor prima che un consenso sia effettivamente espresso all'esito di una trattativa negoziale⁹⁰.

La Direttiva 2005/29/CE si configura, pertanto, quale provvedimento di regolazione del mercato e la *ratio* della disciplina sulle pratiche commerciali sleali risiede, in sostanza, proprio nella regolamentazione dell'attività commerciale.

In questo senso, il concetto di "attività" viene a ricomprendere non solo quelle condotte strettamente funzionali alla conclusione di un contratto di vendita di beni o di fornitura di un servizio, ma anche tutte quelle condotte commissive o omissive che possano influenzare e distorcere la libertà di scelta del consumatore venuto anche solo potenzialmente in contatto con il professionista.

In quest'ottica, si comprende il ruolo centrale che la disciplina riserva all'azione inibitoria che, a stretto rigore, non è qualificabile quale rimedio di natura contrattuale, bensì quale mezzo di tutela dell'ordine pubblico economico⁹¹.

D'altro canto, sebbene la normativa in esame detti una disciplina volta a regolare l'attività più che l'atto negoziale in sé considerato, occorre egualmente ritenere che è proprio il negozio lo strumento attraverso il quale tipicamente si viene a concretizzare quella libertà di scelta del consumatore che il legislatore comunitario, con la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, ha inteso presidiare rispetto a indebiti condizionamenti del professionista⁹².

Per questo motivo è importante segnalare già preliminarmente che la normativa in commento ha lasciato sostanzialmente impregiudicato il problema dell'individuazione dei rimedi operanti a tutela del singolo consumatore leso dall'adozione di una pratica sleale.

Come si dirà più diffusamente nel prosieguo, infatti, si deve rilevare la mancanza, tanto nella disciplina comunitaria, quanto nella disciplina nazionale di recepimento, di una

⁹⁰ C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo* in *Juscivile*, 5, Torino 2013, pp. 313-314.

⁹¹ E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹² *Ivi*, p. 2.

disposizione che specificamente individui forme di tutela individual-privatistica del consumatore, il quale, a fronte dell'adozione di una pratica commerciale sleale da parte dell'impresa, abbia subito un pregiudizio concreto e attuale nella propria sfera giuridica patrimoniale. Del resto, la vocazione pubblicistico-amministrativa della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, volta a introdurre un'efficace regolamentazione dell'attività imprenditoriale e, più in generale, dell'intero mercato interno, non comporta il venir meno della necessità di presidiare anche gli interessi e la dimensione strettamente individuale del consumatore leso dalla perpetrazione, in suo pregiudizio, di una pratica commerciale sleale⁹³.

La questione, stante il peculiare rilievo che la connota, sin dalla emanazione della Direttiva 2005/29/CE ha formato oggetto di accurata riflessione da parte della dottrina e la sua risoluzione è stata pertanto demandata all'attenzione dell'interprete, chiamato a verificare l'attualità degli istituti codicistici e la loro concreta applicabilità alle fattispecie contemplate nella normativa di derivazione comunitaria⁹⁴.

⁹³ A. P. SEMINARA, *op. cit.*, p. 689.

⁹⁴ Per una più analitica trattazione dell'argomento, si veda *infra* capitolo 3.

CAPITOLO II:

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

SOMMARIO: 2.1 La struttura della Direttiva 2005/29/CE e la soluzione normativa adottata in sede di recepimento nell'ordinamento italiano - 2.2 La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: aspetti sostanziali - 2.2.1 L'ambito oggettivo di applicazione e la definizione di pratica commerciale - 2.2.2 L'ambito soggettivo di applicazione. L'estensione della tutela alle microimprese: una possibile apertura alla categoria del terzo contratto - 2.2.3 I rapporti tra la clausola generale, le categorie di pratiche ingannevoli e aggressive e le cd. *black lists* - 2.2.4 I parametri di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale - 2.2.4.1 Il prototipo del "consumatore medio" e il "consumatore vulnerabile" - 2.2.5 Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive - 2.2.5.1 Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive: un richiamo analogico alle categorie civilistiche del dolo e della violenza - 2.3 La disciplina delle pratiche commerciali sleali: aspetti procedurali. La repressione delle pratiche commerciali scorrette e il "doppio binario di tutele"

2.1 - La struttura della Direttiva 2005/29/CE e la soluzione normativa adottata in sede di recepimento nell'ordinamento italiano

La Direttiva 2005/29/CE può essere idealmente suddivisa in due parti⁹⁵. La prima parte contiene la regolamentazione delle pratiche commerciali sleali adottate nei rapporti tra imprese e consumatori (articoli da 1 a 13). Tale parte è a sua volta suddivisa in quattro capi. Il primo capo (articoli da 1 a 4), intitolato "*Disposizioni generali*", contiene le norme che delineano lo scopo, le definizioni propedeutiche alla lettura delle disposizioni successive e l'ambito di applicazione della direttiva medesima. Il capo secondo (articoli da 5 a 9), intitolato "*Pratiche commerciali sleali*", contempla le disposizioni aventi contenuto precettivo e specificamente attinenti alle implicazioni di ordine sostanziale della disciplina in esame. L'articolo 10 costituisce l'unica norma che compone il capo terzo inerente ai "*Codici di condotta*", a testimonianza della particolare attenzione che il legislatore dedica al fenomeno

⁹⁵ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 3-4.

dell'autodisciplina, riconoscendo al consumatore un ulteriore strumento di tutela rispetto ai tradizionali meccanismi giurisdizionali e amministrativi⁹⁶. Da ultimo, il capo quarto (articoli da 11 a 13), intitolato “*Disposizioni finali*”, contiene le norme di carattere procedimentale, relative ai profili dell'applicazione delle disposizioni della direttiva e dell'*enforcement*.

La seconda parte della direttiva prevede invece l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti, quali la Direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (articolo 14), le Direttive 97/7/CE e 2002/65/CE in tema di contratti conclusi a distanza da professionisti e consumatori (articolo 15) e la Direttiva 1998/27/CE in materia di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e al Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori (articolo 16).

L'impianto normativo così contemplato nella direttiva ha imposto, in sede di recepimento nell'ordinamento italiano, una soluzione tecnica specifica, resasi necessaria al fine di evitare di generare confusione tra i diversi destinatari della disciplina. Una tale esigenza ha infatti comportato l'adozione di due distinti, ma paralleli, decreti legislativi di attuazione, seppure emanati sulla base della medesima legge-delega⁹⁷. Infatti, da una parte, attraverso il Decreto Legislativo 2 Agosto 2007 n. 146⁹⁸, il quale contiene le disposizioni di recepimento della normativa comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali, il legislatore italiano è

⁹⁶ F. PINTO, *I codici deontologici e la Direttiva 2005/29/CE* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo – *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano 2007, pp. 219 e ss. Il legislatore comunitario nel Considerando 20 della Direttiva 2005/29/CE auspica l'adozione di codici deontologici che definiscano obblighi comportamentali a carico di determinate categorie professionali, consentendo di tenere in considerazione le specificità proprie dei diversi settori economici. Si assiste, in tal modo, al fenomeno della cd. formazione negoziale del diritto: si delinea un sistema normativo piuttosto complesso ove le fonti pubbliche di produzione del diritto coesistono insieme alle norme private, tra le quali occorre annoverare anche gli atti di autoregolamentazione. L'articolo 10 della direttiva incoraggia inoltre la creazione di soggetti e organismi su base volontaria “responsabili dei codici”, cioè competenti a verificare l'osservanza delle prescrizioni contenute nei codici deontologici e, in caso di violazioni, a irrogare sanzioni; in questo modo si procede a predisporre uno strumento di tutela celere ed effettiva del consumatore, con cui è possibile dissuadere il professionista dal porre in essere pratiche commerciali sleali. Tale meccanismo non costituisce una novità nell'ambito della disciplina di fonte comunitaria, bensì segue l'esempio dell'organo di autodisciplina pubblicitaria già operativo in materia di pubblicità.

⁹⁷ U. TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in *Consum. dir. merc.* n. 3/2007, p. 71.

⁹⁸ Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 “*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2007.

intervenuto a novellare il Codice del Consumo, modificando e integrando le disposizioni originariamente dettate con specifico riguardo al tema della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa. La relativa disciplina è stata inserita nel Titolo III, Parte II (il cui titolo è stato modificato in “*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*”⁹⁹) del Codice del Consumo, agli articoli 18-27 *quater*.

Tale scelta di impostazione sistematica veniva peraltro già auspicata all’interno della Relazione di accompagnamento al Decreto Legislativo 2 Agosto 2007 n. 146, in quanto ritenuta soluzione preferibile rispetto al diverso collocamento della normativa in esame nella Parte III del Codice del Consumo relativa al “*rapporto di consumo*” (e, in specie, a seguito dell’articolo 39 del medesimo codice), in quanto si sosteneva che una siffatta collocazione “*avrebbe potuto far ipotizzare un riferimento troppo accentuato al rapporto contrattuale, mentre la disciplina in questione attiene anche alle comunicazioni che precedono il contratto vero e proprio*”¹⁰⁰.

In secondo luogo, posto che la Direttiva 2005/29/CE non esaurisce i profili di disciplina alla regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette, ma dispone anche delle modifiche a precedenti interventi del legislatore comunitario in materia di pubblicità, il legislatore italiano ha operato il recepimento rispetto a tale profilo attraverso un diverso atto normativo: il Decreto Legislativo 2 agosto 2007 n. 145¹⁰¹. Con tale provvedimento, in particolare, è stato recepito l’articolo 14 della direttiva relativamente alle modifiche da apportare alla disciplina già vigente in materia di pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa illecita, restringendone il campo

⁹⁹ La modifica è stata apportata ad opera dell’art. 4 del Decreto Legislativo 23 ottobre 2007, n. 221 “*Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell’articolo 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229*” pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 29 novembre 2007.

¹⁰⁰ A. MANCINI, *Articolo 27, commi 1-6 – Tutela amministrativa e giurisdizionale in AA.VV. Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 277 e nota 1.

¹⁰¹ Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145 “*Attuazione dell’articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2007. Il D. Lgs. n. 145 del 2007 e il D. Lgs. n. 146 del 2007 sono stati adottati dal Governo in virtù della delega quasi “in bianco” a questi conferita dal Parlamento con Legge n. 29 del 25 gennaio 2006 recante “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2005*”.

di applicazione ai rapporti tra imprese concorrenti¹⁰². Ne è derivata una rilevante modificazione strutturale del previgente sistema normativo. Le pratiche commerciali scorrette poste in essere dal professionista nei confronti del consumatore (e delle microimprese), nel cui ambito si ricomprende espressamente anche la pubblicità, trovano oggi la loro regolamentazione nella disciplina che il Decreto Legislativo n. 146 del 2007 ha introdotto all'interno del Codice del Consumo. Di contro, la disciplina dettata *ad hoc* per la pubblicità ingannevole e per la pubblicità comparativa dal Decreto Legislativo n. 145 del 2007, precedentemente contenuta nel Codice del Consumo poiché diretta a *“tutelare (...) i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari (...)”*¹⁰³, in quanto non più direttamente riferita alla tutela dei consumatori, bensì volta alla salvaguardia degli interessi dei soli professionisti concorrenti, è stata invece espunta dal Codice del Consumo¹⁰⁴.

2.2 - La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: aspetti sostanziali

Così delineato il quadro normativo di riferimento, occorre premettere che nella trattazione a seguire si cercherà di dedicare particolare attenzione ai profili sostanziali e caratterizzanti della disciplina inerente alla regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette, come recepita nell'ordinamento giuridico italiano. Appare infatti coerente e funzionale rispetto agli obiettivi che la presente trattazione si propone, procedere preliminarmente ad una disamina analitica in merito agli aspetti rilevanti della disciplina, con riserva di rendere oggetto di una successiva analisi le considerazioni relative agli aspetti di

¹⁰² Le disposizioni di cui all'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE, modificative della Direttiva 84/450/CEE del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 250 del 19/09/1984, sono state trasposte successivamente nella Direttiva 2006/114/CE del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata), pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 376 del 27 dicembre 2006.

¹⁰³ Art. 19, c. 1, nella versione originaria del D. Lgs. 206/2005.

¹⁰⁴ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 130.

ordine procedimentale attinenti al profilo della repressione delle pratiche commerciali scorrette e al “*doppio binario di tutele*”, pubblicistica e privatistica, accordato al consumatore che sia stato indebitamente leso dalla condotta posta in essere dal professionista.

2.2.1 - L’ambito oggettivo di applicazione e la definizione di pratica commerciale

L’ambito di applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali sleali risulta particolarmente esteso poiché, come è stato già messo in evidenza, diversamente dai progressi interventi normativi a protezione del consumatore, non si limita ad accordare una tutela originata dalla conclusione di un contratto né si riduce alla considerazione di un singolo specifico momento della relazione intercorrente tra le parti.

La normativa trova applicazione alle “*pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto*”¹⁰⁵. Il nostro legislatore, più specificamente, fa riferimento a “*pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori*”¹⁰⁶.

Per favorire la comprensione di tali precetti e la lettura delle disposizioni in materia, il legislatore italiano, in sede di attuazione della direttiva europea, ha individuato e definito le nozioni chiave poste a fondamento della disciplina¹⁰⁷. Le definizioni così formulate si caratterizzano per essere sostanzialmente aderenti alle medesime già contenute nel testo comunitario, preordinate all’elaborazione di un quadro giuridico uniforme diretto a promuovere le negoziazioni transfrontaliere. Infatti, le poche modifiche apportate dal legislatore nazionale consistono essenzialmente in aggiustamenti terminologici resi necessari al fine di consentire un coerente inserimento della normativa nell’ordinamento giuridico interno¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Art. 3, Direttiva 2005/29/CE.

¹⁰⁶ Art. 19, D. Lgs. 206/2005.

¹⁰⁷ Art. 18, D. Lgs. 206/2005.

¹⁰⁸ S. KIRSCHEN, *Articolo 18, comma 1, lettera a) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 43.

A tal fine, si può pensare al concetto di “*pratiche commerciali scorrette*” contenuto nel Codice del Consumo e adottato in luogo dell’espressione “*pratiche commerciali sleali*”, contemplata invece nella Direttiva 2005/29/CE. L’opinione dottrinale prevalente, suffragata dalla Relazione di accompagnamento al Decreto Legislativo n. 146 del 2007, ritiene che la sostituzione terminologica operata nel testo legislativo italiano risponderebbe all’obiettivo di rimarcare già a livello lessicale la diversità di *ratio*, di obiettivi e il differente ambito di applicazione delle nuove disposizioni rispetto alle norme già vigenti in materia di concorrenza sleale. La modifica concettuale così operata avrebbe quindi lo scopo di evitare potenziali interferenze con le disposizioni di cui agli articoli 2598 e seguenti del Codice Civile¹⁰⁹. Un rischio di confusione, infatti, potrebbe determinarsi in considerazione della parziale coincidenza sussistente tra gli ambiti di applicazione dei due sistemi normativi, all’interno dei quali è possibile ravvisare dei comuni spazi di intersezione¹¹⁰. Invero, non si può prescindere dal considerare che una medesima fattispecie possa assumere connotati di plurioffensività, nella misura in cui venga di fatto a pregiudicare più categorie di soggetti attivi sul mercato, sia consumatori che professionisti o imprenditori: uno stesso comportamento, diretto alla commercializzazione di un prodotto, può in concreto venire a integrare una pratica commerciale scorretta, con consequenziale applicazione della relativa disciplina, ove comporti una lesione degli interessi del consumatore; diventa invece sussumibile entro il perimetro degli atti di concorrenza sleale ove determini distorsioni della libertà e dell’effettività della concorrenza, cagionando un pregiudizio diretto per gli imprenditori concorrenti che agiscono sul mercato¹¹¹.

Per quanto concerne più specificamente l’oggetto della disciplina in commento, si deve ribadire la difficoltà di ridurre ad un *unicum* la figura delle pratiche commerciali, posto che

¹⁰⁹ *Ibid.*; cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della “scorrettezza”* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, p. 126; P. BARTOLOMUCCI, *L’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo* in *Rass. dir. civ.*, Napoli 2008, p. 274.

¹¹⁰ E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, pp. 105 e ss.

¹¹¹ E. BRODI, *op. cit.*, pp. 102 e ss.

l'articolo 18 del Codice del Consumo, mutuando la nozione dall'articolo 2 della Direttiva 2005/29/CE¹¹², ne fornisce una definizione dalla portata ampia e generica volta a includervi “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”¹¹³. Ai fini dell'operatività delle norme in esame risultano pertanto irrilevanti le caratteristiche assunte in concreto dalla condotta tenuta dal professionista, potendo di fatto consistere in comportamenti, dichiarazioni, atti materiali o in semplici omissioni, neppure richiedendosi che si tratti necessariamente di dichiarazioni aventi natura negoziale o di condotte che attengano specificamente ad un determinato rapporto contrattuale, da instaurarsi o già instaurato. Irrilevanti sono anche il contenuto, la causa e l'oggetto del contratto al quale la condotta del professionista sia eventualmente correlata. Né si ritiene necessario che si tratti di condotte funzionalmente preordinate alla stipulazione di un contratto, posto che per specifica disposizione normativa non soltanto condotte precontrattuali, ma anche condotte contestuali o successive allo scambio delle manifestazioni di volontà costitutive di un determinato rapporto contrattuale sono di per sé idonee a integrare una pratica commerciale¹¹⁴.

¹¹² Occorre rilevare che secondo la definizione adottata dal legislatore italiano all'art. 18, c. 1, lett. d del Codice del Consumo, non è necessario che la pratica commerciale consista in una condotta “direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” (art. 2, c. 1, lett. d, Direttiva 2005/29/CE), ma è sufficiente che essa si trovi “in relazione”, e cioè che sussista un legame di tipo oggettivo con la promozione, la fornitura o la vendita del prodotto destinato ai consumatori. La diversa formulazione recepita nel testo italiano, rispetto alla corrispondente formula adottata nel testo comunitario, assegnerebbe una più ampia portata alla definizione in oggetto. In questa scelta terminologica, parte della dottrina ha ravvisato l'intento del legislatore di estendere la disciplina a tutte quelle attività che, pur travalicando la tipica promozione del prodotto, risultino comunque finalizzate a influire sulle scelte di mercato del consumatore. (Sul punto si veda: L. ROSSI CARLEO, *Articolo 18, comma 1, lettera d) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 56 e ss.). Secondo altra parte della dottrina, dovrebbe ritenersi preferibile la formula adottata dal legislatore comunitario, poiché, per quanto riguarda il profilo temporale, evidenzerebbe in modo più preciso l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina ad ogni comportamento realizzato dal professionista per finalità commerciali, non limitandosi a prendere in considerazione attività precontrattuali o prodromiche rispetto alla stipulazione di un negozio, bensì coinvolgendo qualsiasi attività “direttamente connessa” all'operazione commerciale del consumatore, compiuta o da compiersi. (Sul punto si veda: V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 131).

¹¹³ Art. 18, c. 1, lett. d, D. Lgs. 206/2005.

¹¹⁴ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 18* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, pp. 123-124.

Con riferimento al profilo di ordine cronologico, infatti, è lo stesso legislatore che attribuisce rilievo ad una pratica commerciale posta in essere “*prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto*”¹¹⁵. Pertanto, non essendo pertinente la fase temporale del rapporto nella quale venga di fatto a realizzarsi la pratica, è chiaro come nella definizione di pratica commerciale vengano potenzialmente a racchiudersi condotte riconducibili a una qualsivoglia delle fasi attraverso le quali si viene a sviluppare la relazione intercorrente tra professionista e consumatore, spaziando dal mero contatto sociale della pubblicità alla fase precontrattuale, sino alla stipulazione e all’esecuzione di un contratto¹¹⁶.

A tal fine, assume quindi rilevanza ogni contatto che venga a realizzarsi, in forma individuale o collettiva, tra il professionista e il consumatore allo scopo di sollecitare quest’ultimo a effettuare un’operazione commerciale e a concludere un atto negoziale; e ciò indipendentemente dalla circostanza per cui tale intento venga di fatto a trovare successiva attuazione. Allo stesso modo, eguale importanza ai fini dell’applicabilità della disciplina in oggetto, viene attribuita a quelle pratiche commerciali poste in essere successivamente alla conclusione di un’operazione commerciale o contrattuale, poiché attinenti a scelte del consumatore relative all’esecuzione delle obbligazioni o all’esercizio dei diritti nascenti dal contratto stipulato con il professionista: basti pensare a condotte del professionista che incidano slealmente sulla decisione del consumatore di esercitare il diritto di recesso di cui sia titolare o di far valere la disciplina dei vizi della cosa compravenduta.

L’intento di utilizzare nella loro valenza più ampia le nozioni che vengono in rilievo, al fine di estendere il più possibile la tutela del consumatore, emerge inoltre dalla definizione legislativa di “*prodotto*” che compare nella più complessa definizione di pratica commerciale, e nel cui ambito il legislatore riconduce non solo beni (mobili e immobili) e servizi, ma anche diritti e obbligazioni¹¹⁷. Si è giustamente rilevato che tale accezione, sebbene coerente con la

¹¹⁵ Art. 3, c. 1, Direttiva 2005/29/CE; Art. 19, c. 1, D. Lgs. 206/2005.

¹¹⁶ R. ANGELINI, *Commento sub art. 18* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano 2019, p. 121.

¹¹⁷ Art. 18, c. 1, lett. c, D. Lgs. 206/2005.

dottrina aziendalistica, risulti per lo più impropria sotto il profilo giuridico, poiché confonde quello che propriamente rappresenta l'oggetto dell'attività commerciale (la promozione, la vendita la fornitura di beni e servizi) con le conseguenze giuridiche derivanti dal suo esercizio (il sorgere, in via contrattuale o extracontrattuale, di diritti e obbligazioni)¹¹⁸.

Nondimeno, in tale scelta definitoria occorre ravvisare un'ulteriore conferma della prospettiva "dinamica" seguita dal legislatore nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in quanto diretta a ricoprire tutta l'area di attività esercitate dai professionisti che possano in qualsiasi modo coinvolgere i consumatori¹¹⁹.

Appare quindi di tutta evidenza che la definizione di pratiche commerciali venga a ricomprendere molteplici e multiformi attività, tutte di per sé potenzialmente lecite, che diventano oggetto di divieto laddove si traducano, tramite un comportamento del professionista contrario alla diligenza professionale, in tecniche di condizionamento della volontà di un consumatore di media accortezza idonee a falsarne in misura rilevante il comportamento economico, cioè tali da influenzarne le capacità di scelta e da indurre il consumatore a compiere un atto non consapevole e psicologicamente non libero¹²⁰.

2.2.2 - L'ambito soggettivo di applicazione. L'estensione della tutela alle microimprese: una possibile apertura alla categoria del terzo contratto

Il legislatore italiano, con soluzione non obbligata dalla fonte comunitaria¹²¹, ha in principio limitato l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ai rapporti

¹¹⁸ E. BELLISARIO, *Articolo 18, comma 1, lettera c) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 51 e ss.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ L. ROSSI CARLEO, *Articolo 18, comma 1, lettera d) - Definizioni*, cit., pp. 56 e ss.

¹²¹ Il Considerando 6 della Direttiva 2005/29/CE chiarisce infatti che la normativa trova applicazione con riguardo alle pratiche commerciali sleali che ledono direttamente gli interessi economici del consumatore, rimettendo tuttavia ai legislatori degli Stati membri la scelta di disciplinare le pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Al tempo stesso, anche il Considerando 8 promuove la necessità di considerare un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della direttiva medesima, stimolando la Commissione a presentare, ove necessario, una proposta legislativa che contempli gli aspetti della concorrenza sleale.

intercorrenti tra professionista e consumatore (cd. *rapporti Business to Consumer*, spesso abbreviato in *B2C*), optando per mantenere una regolamentazione distinta in base allo *status* soggettivo ricoperto dalle parti che vengono a relazionarsi sul mercato¹²². Del resto, si è sostenuto che la scelta di mantenere una netta distinzione soggettiva, apprestando una regolamentazione *ad hoc* rivolta specificamente ai rapporti tra professionista e consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette, risulti coerente con l'odierna fisionomia del diritto dei contratti che, a parere di taluna dottrina, in anni recenti avrebbe assistito ad una moltiplicazione dei regimi contrattuali. Secondo tale orientamento dottrinale, infatti, il diritto dei contratti avrebbe subito un'evoluzione di tipo strutturale tale da condurlo ad assumere una dimensione "tripartita", potendosi ad oggi ravvisare tre differenti categorie di rapporti negoziali: quelli intercorrenti tra parti contrattuali in posizione paritaria (cd. contratto di diritto comune), quelli instaurati tra professionisti e consumatori (cd. contratto del consumatore) e, infine, quelli conclusi tra imprenditori che rivestano una differente posizione di potere contrattuale determinata dalla situazione di soggezione economica in cui venga a trovarsi una delle parti rispetto alla controparte (cd. terzo contratto)¹²³.

Alla stregua di tale impostazione ricostruttiva, non unanimemente condivisa in dottrina, le norme in tema di pratiche commerciali scorrette si porrebbero pertanto in rapporto di complementarità rispetto alla disciplina del contratto del consumatore, poiché, nell'ottica di tutela del contraente debole, mirano a orientare il comportamento negoziale del professionista, quale parte contraente investita di una maggior forza contrattuale¹²⁴.

¹²² E. BRODI, *op. cit.*, pp. 104 e ss.

¹²³ *Ibid.* L'autrice dà atto, inoltre, di un'ulteriore tendenza ricostruttiva volta a ricomprendere le categorie del terzo contratto e del contratto del consumatore nell'ambito di una diversa categoria unitaria, quella del cd. contratto asimmetrico.

¹²⁴ *Ibid.*

Ad avvalorare le considerazioni svolte in ordine al legame tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e la cd. teoria del terzo contratto, si ricollega la più recente estensione della tutela consumeristica alle microimprese¹²⁵.

Si deve infatti dare evidenza del fatto che l'unica originaria delimitazione all'ambito di applicazione della disciplina in esame, rappresentata dalla destinazione della pratica che, secondo la versione previgente del Codice del Consumo, doveva necessariamente indirizzarsi verso un consumatore, è stata superata dall'intervento del legislatore italiano¹²⁶, il quale ha provveduto ad allargare l'applicabilità del divieto alle pratiche commerciali scorrette poste in essere dal professionista nei confronti di una microimpresa¹²⁷.

L'inserimento della microimpresa tra i soggetti destinatari della tutela accordata dalla normativa interseca il dibattito dottrinario in merito alla figura del terzo contratto o del contratto

¹²⁵ Per la nozione di "microimpresa", si faccia riferimento all'art. 18, c. 1, lett. d-bis del Codice del Consumo, che definisce le "microimprese" come "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, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

¹²⁶ Art. 7 del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", in Supplemento ordinario n. 18/L alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 19 del 24 gennaio 2012, convertito dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 "Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1: Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture", in Supplemento Ordinario n. 53, relativo alla G.U. 24/03/2012, n. 71.

¹²⁷ Art. 19, c. 1, D. Lgs. 206/2005. La norma precisa tuttavia che "Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145". A seguito di tale precisazione, frutto di una scelta poco chiara del nostro legislatore, che ha comportato una maggiore difficoltà nell'operare una valutazione di liceità o illiceità del messaggio pubblicitario rivolto ad una microimpresa, si è reso necessario operare una differenziazione all'interno della categoria di pratiche commerciali poste in essere nei confronti di una microimpresa. A tal fine, si deve distinguere tra pratiche commerciali che siano qualificabili come "pubblicità" e pratiche commerciali che non siano soggette a una siffatta qualificazione; solo con riferimento a queste ultime sono applicabili tutte le disposizioni dettate dal Codice del Consumo in materia di pratiche commerciali scorrette. Per contro, le pratiche commerciali integranti una pubblicità indirizzata ad una microimpresa, poiché assoggettate alla sola disciplina introdotta dal D. Lgs. n. 145 del 2007, devono ritenersi soggette unicamente alla disciplina concernente le pratiche commerciali aggressive e alla clausola generale di cui al comma 2 dell'art. 20 del Codice del Consumo. A parziale giustificazione di tale scelta legislativa, si è argomentato che l'applicabilità esclusiva della disciplina dettata dal D. Lgs. n. 145 del 2007 in tema di pubblicità comparativa rivolta ad una microimpresa sarebbe imposta dalla natura "completa" dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita dalla Direttiva 2006/114/CE, a cui dà attuazione il citato decreto. Per quanto concerne la pubblicità ingannevole, tuttavia, la decisione di un assoggettamento alla sola disciplina di cui al D. Lgs. 145 del 2007 non trova una compiuta spiegazione, posto che le disposizioni del decreto in tema di pubblicità ingannevole danno attuazione a norme europee di armonizzazione minima, che legittimano gli Stati membri all'adozione di norme anche più rigorose e garantiste nei confronti dei destinatari; nessun ostacolo si sarebbe pertanto frapposto alla scelta del legislatore italiano di applicare le norme in materia di pratiche commerciali ingannevoli al messaggio pubblicitario rivolto ad una microimpresa. Sul punto si veda: G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"* in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova 2014, Vol. 37, n. 1, pp. 16 e ss.

asimmetrico, fornendo un importante contributo a suffragio della tesi dottrinale che promuove la costruzione dogmatica di un nuovo paradigma contrattuale. Infatti, il riconosciuto ampliamento di tutela a favore delle microimprese delinea un'apertura verso un nuovo modello contrattuale riconducibile alla categoria del terzo contratto, definibile quale "*contratto dell'impresa debole*" e che, a ben vedere, presenta indubbi elementi di affinità rispetto al contratto del consumatore, con il quale è accomunato per la presenza di un'asimmetria informativa tra le parti, per il minor potere di negoziazione in capo al soggetto debole e per l'assenza di condizioni di parità economica e contrattuale tra i soggetti coinvolti¹²⁸.

Del resto, l'estensione dell'operatività della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette alle microimprese si colloca nell'ambito degli interventi disposti a protezione delle imprese dotate di una minor forza economica e negoziale rispetto alla controparte contrattuale e si qualifica, pertanto, come espressione di una tendenza che, preso atto dell'inadeguatezza e dell'insufficienza degli strumenti di diritto privato, intende affidare ai provvedimenti e ai procedimenti di natura pubblicistica la lotta contro gli abusi e le scorrettezze perpetrate dai professionisti economicamente e contrattualmente più forti ai danni dei professionisti più deboli; un'esigenza, quest'ultima, che si vuole assicurare tanto nella fase precontrattuale, quanto in sede di formazione dei contenuti negoziali e nella successiva fase di esecuzione e attuazione dei relativi rapporti contrattuali¹²⁹.

Altro elemento caratterizzante le definizioni formulate dal legislatore italiano al fine di più correttamente delimitare, sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione della disciplina in esame, consiste nella "natura speciale" delle medesime, posto che le definizioni di cui all'articolo 18, per espressa previsione normativa, risultano vevoli per il solo titolo III parte II del Codice del Consumo.

¹²⁸ E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"* in *Eur. dir. priv.*, Milano 2015, fasc. 4, pp. 880 e ss.

¹²⁹ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"* cit., pp. 27 e ss.

Occorre tuttavia rilevare la scarsa valenza innovativa di talune di queste definizioni, tra tutte quella di “*consumatore*” e “*professionista*”, le quali, lungi dal configurarsi quali speciali e derogatorie, a livello sostanziale corrispondono alle definizioni generali già contenute nell’articolo 3 del Codice del Consumo, sebbene presentino una formulazione letterale non esattamente coincidente a quella *ivi* prevista¹³⁰.

Se la definizione di “*professionista*”¹³¹, autore della pratica commerciale scorretta, non sembra porre particolari problemi di ordine definitorio, maggiori considerazioni critiche presuppone la qualificazione soggettiva di “*consumatore*” destinatario della pratica. Nella specie, il consumatore è definito come “*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*”¹³².

Come autorevole dottrina ha sottolineato¹³³, nell’attuale formulazione della norma è assente un riferimento volto a considerare il consumatore quale potenziale soggetto meramente passivo, nonostante talvolta il consumatore, lungi dall’ “*agire*”, si pone quale mero destinatario passivo del comportamento del professionista integrante una pratica commerciale scorretta.

Ciò accade frequentemente, ad esempio, nell’ipotesi in cui il singolo consumatore rappresenti solo uno tra i tanti che compongono la vasta e indeterminata platea cui è rivolta una campagna promozionale, un’informazione, una comunicazione commerciale, un messaggio pubblicitario diretti a coinvolgere indistintamente la pluralità di soggetti potenzialmente interessati ai beni o servizi reclamizzati.

Appare invece maggiormente coerente con la *ratio* della disciplina ampliare la nozione di consumatore sino al punto di considerare che l’*agire* del consumatore al di fuori di un’attività

¹³⁰ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 18*, cit., p. 120.

¹³¹ L’art. 18, c. 1, lett. b definisce il “*professionista*” come “*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*”.

¹³² Art. 18, c. 1, lett. a, D. Lgs. 206/2005.

¹³³ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 18*, cit., p. 121; E. BARGELLI, *op. cit.*, p. 122; S. KIRSCHEN, *op. cit.*, p. 46.

imprenditoriale o professionale possa essere inteso anche come “*semplice potenzialità di intavolare trattative o di concludere un contratto per finalità non professionali*”¹³⁴.

Rientra pertanto nella sfera di operatività del divieto di pratiche commerciali scorrette non solo l’ipotesi in cui il consumatore *agisca*, in conseguenza della pratica, tramite la conclusione di un atto negoziale o l’instaurazione di un contatto con il professionista che sia funzionale all’acquisto di un prodotto, bensì anche la circostanza in cui il consumatore non ponga in essere alcun comportamento in forma attiva, ma si limiti a porsi quale semplice destinatario passivo dell’altrui iniziativa commerciale¹³⁵.

Una siffatta interpretazione è del resto compatibile con l’avvertita esigenza di ampliare la tutela del consumatore oltre i limiti di una sua considerazione legata alla qualità di parte contraente, e cioè guardando all’atto di consumo nel suo intero processo evolutivo, sul presupposto di assicurarne già in fase precontrattuale, e indipendentemente da un suo effettivo *agere* negoziale, la formazione di un consenso consapevole e libero da condizionamenti.

La dimensione soggettiva della disciplina appare quindi un elemento di fondamentale importanza. In questo senso, sebbene la normativa sia preordinata alla garanzia di buon funzionamento del mercato e della libertà di concorrenza, a rivestire una posizione centrale tra i soggetti destinatari della tutela non è direttamente il mercato, bensì il suo operatore economico più importante: il consumatore (e, in certa misura, le microimprese)¹³⁶. Tale direzionamento immediato verso il consumatore risulta utile a valorizzare il ruolo centrale e attivo che il consumatore stesso è destinato ad assumere al fine di garantire condizioni di mercato concorrenziali, praticabili solo ove sia assicurata l’effettività di una scelta consapevole¹³⁷.

Pertanto, in funzione del raggiungimento del precipuo scopo di regolazione del mercato, si assegna rilevanza giuridica a un qualsivoglia comportamento commerciale del professionista

¹³⁴ E. BARGELLI, *op. cit.*, p. 122.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette* in AA.VV. *Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumatori* a cura di G. Cassano, A. Catricalà e R. Clarizia, Milano 2018, pp. 1227-1228.

¹³⁷ L. ROSSI CARLEO, *Articolo 18, comma 1, lettera d) – Definizioni*, cit., pp. 62 e ss.

che integri gli estremi della scorrettezza, pur potendo siffatta condotta trascendere e prescindere da un rapporto diretto con il singolo consumatore, imponendosi l'applicazione di una sanzione sulla base della mera realizzazione di una pratica commerciale scorretta¹³⁸.

2.2.3 - I rapporti tra la clausola generale, le categorie di pratiche ingannevoli e aggressive e le cd. *black lists*

La struttura normativa della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, analogamente a quella sulle clausole vessatorie, risulta piuttosto articolata e la sua peculiarità è tale da aver indotto taluni autori a rappresentarla idealmente attraverso un richiamo evocativo a immagini geometriche: una piramide o cerchi concentrici¹³⁹.

All'apice della piramide (o nel cuore del cerchio centrale) si colloca la clausola generale di divieto di pratiche commerciali scorrette contenuta nell'articolo 20 comma 2 del Codice del Consumo, la quale riproduce pressoché fedelmente la previsione generale già presente nel testo della Direttiva 2005/29/CE, al fine di delineare i parametri che definiscono l'intera categoria delle pratiche commerciali scorrette (o sleali).

In particolare, indipendentemente dalle modalità di concretizzazione della pratica commerciale, essa è da considerarsi scorretta qualora ricorrano congiuntamente due requisiti: occorre che la pratica sia contraria alle norme di diligenza professionale e che falsi o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge (o al quale è diretta) o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori¹⁴⁰.

¹³⁸ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1227-1228.

¹³⁹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in *Contr. impr.*, I, Padova 2009, pp. 73 e ss.; C. SOLINAS, *Articolo 24 – Pratiche commerciali aggressive* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 235.

¹⁴⁰ Art. 5, c. 2, Direttiva 2005/29/CE; Art. 20, c. 2, D. Lgs. 206/2005.

Proseguendo verso il livello intermedio della struttura piramidale (o spostandosi verso i cerchi laterali), si rinviene una specifica declinazione del divieto generale attraverso l'individuazione di due specifiche tipologie di pratiche stigmatizzate: il riferimento è alle sottocategorie di pratiche commerciali la cui scorrettezza riposa nell'ingannevolezza¹⁴¹ o nell'aggressività¹⁴² della condotta.

All'esito del percorso geometrico intrapreso, si giunge all'ultimo gradino normativo ove si rinvencono due "liste nere" di pratiche commerciali da considerarsi *per se* scorrette e, quindi, vietate, pur non essendo sottoposte ad un concreto accertamento in merito alla loro scorrettezza, in quanto già valutate dal legislatore con giudizio prognostico come "*in ogni caso ingannevoli o aggressive*"¹⁴³. Con riferimento a queste ultime fattispecie, come si è già anticipato¹⁴⁴, lo stesso legislatore comunitario nell'Allegato I alla Direttiva 2005/29/CE ha previsto un elenco esaustivo di trentuno fattispecie di pratiche commerciali *ex lege* vietate.

I rapporti tra le manifestazioni di illiceità della pratica commerciale, come risultanti dal complesso normativo appena delineato, sono stati oggetto di ampio dibattito e confronto in dottrina. In particolare, ad una tesi maggioritaria volta a riconoscere la sussistenza di una relazione da *genus a species* tra le varie disposizioni e ad assegnare alla clausola generale valore meramente residuale, tale per cui essa, in funzione sussidiaria, troverebbe applicazione quale "norma di chiusura" solo ove la fattispecie concreta non sia riconducibile ad una delle previsioni delle cd. *black lists* o ad uno dei modelli intermedi di pratica ingannevole o aggressiva¹⁴⁵, si è contrapposta una tesi minoritaria volta ad attribuire alla previsione generale il ruolo di "norma centrale" della disciplina in esame. In accordo a siffatta teoria minoritaria, mentre la clausola generale rappresenterebbe la norma fondamentale dell'intera disciplina e sarebbe perciò

¹⁴¹ Art. 6, Art. 7, Direttiva 2005/29/CE; Art. 21, Art. 22, Art. 22 bis, D. Lgs. 206/2005.

¹⁴² Art. 8, Art. 9, Direttiva 2005/29/CE; Art. 24, Art. 25, D. Lgs. 206/2005.

¹⁴³ Allegato I alla Direttiva 2005/29/CE; Art. 23, Art. 26, D. Lgs. 206/2005.

¹⁴⁴ Si veda *supra* capitolo 1.1.

¹⁴⁵ G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo*, cit., pp. 139 e ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 777; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune* in *Contr. impr. Eur.*, Padova 2007, Vol. 12, p. 78.

utilizzabile in funzione interpretativa e integrativa delle norme di dettaglio, le fattispecie tipiche andrebbero considerate alla stregua di un mero elenco esemplificativo, quali norme applicative della disposizione generale. Accolta questa impostazione, se ne ricaverebbe l'assunto secondo il quale la singola tipologia di pratica (*aggressiva* o *ingannevole*, oppure *in ogni caso aggressiva* o *in ogni caso ingannevole*) prevista dal legislatore dovrebbe necessariamente partecipare dei medesimi requisiti di scorrettezza posti dal divieto generale per essere riconducibile all'alveo delle pratiche commerciali vietate, e cioè dovrebbe già in principio qualificarsi come contraria alla diligenza professionale e quantomeno idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio¹⁴⁶.

Talaltra dottrina ha invece proposto di risolvere l'apparente contrasto prospettatosi in dottrina attraverso una soluzione mediana, la quale, conformemente alla tesi minoritaria, sarebbe volta a riconoscere alla clausola generale il ruolo di norma centrale dell'intera disciplina, pur di fatto attribuendo alle singole fattispecie tipiche non solo valore esemplificativo, ma anche un'ulteriore funzione specifica, riconducibile alle considerazioni sostenute dalla dottrina maggioritaria, consistente nell'agevolare il consumatore nell'onere di provare l'influenza che concretamente la condotta del professionista abbia determinato sulla libera formazione della sua volontà negoziale. In tal modo, ove l'attività o l'omissione del professionista venisse a integrare una delle ipotesi tipiche individuate dal legislatore, la pratica si presumerebbe scorretta, non essendo necessario per l'interprete accertare ulteriormente se quello specifico comportamento, in violazione dei canoni di buona fede e correttezza

¹⁴⁶ M. LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 76 e ss.; E. BRODI, *op. cit.*, pp. 100 e ss. Accoglie questa impostazione anche M. RABBITI, *Articolo 20 – Divieto delle pratiche commerciali scorrette* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 146-147, la quale tuttavia sostiene che nel caso di una pratica ingannevole o aggressiva che oggettivamente presenti le caratteristiche individuate in una delle previsioni della cd. *black list* non opererebbe una presunzione legale relativa, quanto piuttosto una presunzione assoluta *ex lege* di contrarietà della pratica alla diligenza professionale e di idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore. In senso contrario, a sostegno di una tesi per cui nella medesima fattispecie ci si troverebbe di fronte ad una presunzione relativa di scorrettezza della pratica, suscettibile di essere superata dimostrando che la pratica commerciale, pur riconducibile ad una delle cd. *black lists*, non presenti in concreto i parametri della scorrettezza *ex art. 20, c. 2 del D. Lgs 206/2005*: M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova 2008, p. 42.

professionale, abbia di fatto influito sul libero convincimento del consumatore al punto tale da incidere sulle sue scelte economiche e negoziali in misura apprezzabile¹⁴⁷.

Sul tema, stante il rilievo pratico che la questione ha rivelato nel corso degli anni, si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, accogliendo la tesi dottrinale maggioritaria volta a riconoscere alla previsione generale solo un valore residuale.

In particolare, la Corte di Giustizia ha statuito che nell'ipotesi in cui la fattispecie concreta soddisfi tutti i criteri idonei a permetterne una qualificazione in quanto pratica commerciale ingannevole o aggressiva oppure a ricondurla ad una delle pratiche contemplate nelle cd. *black lists*, non occorre procedere ulteriormente a verificare se una siffatta pratica sia anche contraria ai parametri di cui alla clausola generale, affinché tale pratica possa legittimamente essere considerata sleale e, pertanto, vietata¹⁴⁸.

Con analogo giudizio si è espresso recentemente il Consiglio di Stato italiano, ravvisando nella clausola generale di cui all'articolo 20 comma 2 del Codice del Consumo una

¹⁴⁷ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit. pp. 1237-1238, il quale rileva che una siffatta soluzione avrebbe quale risultato ultimo quello di determinare un aggravio per il professionista nel fornire la prova contraria, peraltro già esclusa nelle ipotesi di pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive.

¹⁴⁸ *CGUE, Prima Sez., sentenza del 16 aprile 2015, causa C-388/13, par. 63 in ECLI:EU:C:2015:225; CGUE, Prima Sez., sentenza del 19 settembre 2013, causa C-435/11, par. 35-47 in ECLI:EU:C:2013:574*. Come si evince dalla lettura delle menzionate sentenze, il ragionamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea prende le mosse dalla considerazione per cui l'art. 5 della Direttiva enuncia i criteri rilevanti ai fini dell'accertamento del carattere di slealtà della pratica. Il paragrafo 4 della norma definisce due categorie precise di pratiche commerciali sleali, e cioè "le pratiche ingannevoli" e le "pratiche aggressive" «di cui», rispettivamente, agli articoli 6 e 7 nonché 8 e 9 della direttiva stessa. Tale formulazione letterale, secondo la Corte, suggerisce che "la determinazione del carattere ingannevole o aggressivo della pratica commerciale dipende unicamente dalla sua valutazione alla luce dei soli criteri previsti da questi ultimi articoli. Tale interpretazione è suffragata dalla circostanza che tale paragrafo 4 non comporta alcun riferimento ai criteri più generali di cui al paragrafo 2 del menzionato articolo 5. Detto paragrafo 4, inoltre, inizia con l'espressione «[i]n particolare» e il considerando 13 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali precisa al riguardo che «[i]l divieto unico generale (...) istituito dalla (...) direttiva (...) si articola attraverso norme riguardanti le due tipologie di pratiche commerciali più diffuse, vale a dire le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive». Ne consegue che la regola di base di detta direttiva, secondo cui le pratiche commerciali sleali sono vietate, come previsto dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva medesima, è attuata e concretizzata da più specifiche disposizioni per tenere debitamente conto del rischio rappresentato per i consumatori dalle due fattispecie più frequenti, vale a dire le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive." Secondo il ragionamento della Corte, alla luce del tenore letterale e della struttura delle norme su menzionate, una tale interpretazione sarebbe anche "l'unica tale da preservare l'effetto utile delle norme particolari (...) Infatti, se i requisiti di applicazione di tali articoli fossero identici a quelli previsti dall'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva medesima, detti articoli sarebbero privi di qualsivoglia portata pratica, mentre essi hanno la finalità di tutelare il consumatore dalle più frequenti pratiche commerciali sleali. (...) Detta interpretazione è inoltre avvalorata dalla finalità perseguita dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, consistente nel garantire, a termini del suo considerando 23, un elevato livello comune di tutela dei consumatori procedendo ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese (...)"

norma di chiusura dotata di autonoma portata disciplinare, ma applicabile in via residuale; ne è stata esclusa, invece, una natura meramente “ricognitiva”¹⁴⁹. A parere del Collegio, infatti, *“la lettura sistematica del titolo III della Parte Seconda del Codice del Consumo rende certi che le «pratiche commerciali scorrette» costituiscono un genus unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2. All'interno della fattispecie generale, il legislatore ha «ritagliato» per finalità di semplificazione probatoria due sottotipi (e all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive) che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima”*¹⁵⁰. Secondo il Collegio, ai fini della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, occorre innanzitutto valutare se la condotta del professionista sia inquadrabile all'interno delle cd. *black lists*; in caso affermativo, la pratica dovrà qualificarsi scorretta, senza che si renda necessario un previo accertamento sulla sua contrarietà alla diligenza professionale e sulla sua concreta attitudine a falsare il comportamento del consumatore. Nell'ipotesi in cui la pratica non sia ricompresa in alcuna delle due fattispecie presuntive, sarà invece necessario stabilire se rientri nell'alveo delle pratiche ingannevoli o aggressive; in tal caso la verifica di ingannevolezza o aggressività verrà a integrare, di per sé, la contrarietà alla diligenza professionale. Infine, il Collegio rileva che ove non risultino percorribili i tentativi di sussunzione summenzionati, si renderebbe necessario ricorrere in via sussidiaria alla norma di chiusura, nel senso che *“la mancata caratterizzazione dell'illecito in termini di ingannevolezza e aggressività, impone di accertare in concreto il grado della «specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti», tenuto conto delle peculiarità del caso di specie”*¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2414 del 14 aprile 2020, in banca dati Pluris.

¹⁵⁰ Ivi, par. 4.2.

¹⁵¹ Ibid.

2.2.4 - I parametri di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale

Chiariti preliminarmente gli aspetti di ordine sistematico in merito al raccordo tra la clausola generale e le fattispecie tipiche, si rende opportuno passare a svolgere alcune considerazioni sui parametri contemplati dall'articolo 20, comma 2 del Codice del Consumo quali elementi suscettibili di attribuire connotazione di scorrettezza ad una pratica commerciale.

La clausola generale fonda la valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale su due parametri che, secondo la teoria prevalente, devono sussistere cumulativamente e non alternativamente¹⁵²: la contrarietà alle norme di diligenza professionale e l'idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio. La sussistenza di entrambi gli elementi costitutivi deve essere accertata in concreto, avuto riguardo alle specifiche peculiarità del caso di specie¹⁵³.

Ancorché la norma non lo espliciti, altra componente indefettibile della scorrettezza di una pratica commerciale è rappresentata dalla sua attitudine a ledere interessi economici dei consumatori¹⁵⁴. Non è tuttavia necessario, ai fini della qualificazione di scorrettezza, che l'interprete proceda ad accertare se la condotta del professionista abbia effettivamente cagionato un concreto pregiudizio a beni o interessi di natura patrimoniale del consumatore verso la quale la pratica era indirizzata, essendo invece sufficiente che, sulla base di un giudizio prognostico, la stessa sia ritenuta idonea ad incidere anche solo potenzialmente sulle scelte dei consumatori¹⁵⁵.

¹⁵² G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, p. 145; L. G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, Milano 2007, p. 533; M. RABBITI, *op. cit.*, p. 149.

¹⁵³ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, p. 155.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 152, ove si argomenta la tesi in commento sul presupposto per cui è la stessa Direttiva 2005/29/CE ad affermare che lo scopo del testo comunitario è quello di armonizzare le legislazioni degli Stati membri "in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi dei consumatori" (art.1).

¹⁵⁵ TAR Lazio, Sez. 1, sentenza n. 5390 del 16 giugno 2011, in banca dati PlusplusDiritto.

Con riferimento al primo dei parametri costitutivi espressi dalla clausola generale, occorre stabilire in primo luogo quando e a quali condizioni una pratica commerciale possa considerarsi “*contraria alla diligenza professionale*”. A tal fine viene in rilievo la definizione contenuta nell’articolo 18, comma 1, lettera h, a norma del quale, per “*diligenza professionale*” deve intendersi “*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*”¹⁵⁶.

La definizione adottata in sede di recepimento nell’ordinamento italiano si discosta da quella contenuta all’interno della Direttiva 2005/29/CE¹⁵⁷, poiché il nostro legislatore, diversamente da quello comunitario, fa riferimento al grado di competenza e attenzione che *i consumatori* possono ragionevolmente attendersi nei confronti di un professionista che ponga in essere la pratica commerciale, non invece a quello che, secondo la visione di un osservatore terzo ed esterno, si possa ragionevolmente presumere venga esercitato dal professionista. Stando alla definizione introdotta nel nostro ordinamento, quindi, occorrerebbe “*soggettivizzare la presunzione di competenza*”¹⁵⁸, assumendo l’ottica dei consumatori al fine di compiere una più opportuna valutazione delle “*ragionevoli aspettative*”, necessaria per la puntuale determinazione del livello di competenza e attenzione che il professionista è tenuto ad adottare in concreto nel porre in essere una pratica commerciale¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Art. 18, c. 1, lett. h, D. Lgs. 206/2005.

¹⁵⁷ Art. 2, c. 1, lett. h, Direttiva 2005/29/CE: “*diligenza professionale: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*”.

¹⁵⁸ F. MASSA, *Commento sub art. 20* in AA.VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano 2019, p. 159.

¹⁵⁹ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., p. 156. Si evidenzia inoltre che, malgrado l’equivocabile richiamo evocato dal dato testuale, deve escludersi l’esistenza di un collegamento tra la diligenza professionale *ex art. 18 Cod. Cons.* e la diligenza cui è tenuto il debitore *ex art. 1176 c.c.*, in specie con riferimento all’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale. A differenza dell’art. 1176 c.c. che circoscrive la regola all’adempimento di un’obbligazione, qui la clausola di diligenza professionale ha una portata di carattere generale, poiché ricomprende tutte le fasi in cui si sviluppa la relazione tra le parti, dal primo contatto sociale sino all’eventuale vicenda patologica del rapporto. Allo stesso modo, la nozione di diligenza professionale utile ai nostri fini, che è nozione specifica e autonoma nell’ambito della normativa in esame, non deve sovrapporsi all’assenza di diligenza, intesa come “*negligenza, imprudenza o imperizia*”, quali elementi costitutivi della colpa nell’illecito civile extracontrattuale. Sul punto anche: M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera h) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 77 e ss.

Anche i parametri rispetto ai quali devono essere delimitati i contenuti delle ragionevoli aspettative si differenziano da quelli a cui si fa riferimento nel testo comunitario, poiché la norma italiana amplia la definizione ai “*principi di correttezza e buona fede*” e tace sul parametro delle “*pratiche di mercato oneste*”¹⁶⁰.

Per dare concretezza ai parametri che vengono qui in rilievo, occorre considerare l’intima connessione sussistente tra la norma in esame e i “*principi di buona fede, correttezza e lealtà*” al cui rispetto, secondo l’articolo 39 del Codice del Consumo, devono essere improntate le “*attività commerciali*”¹⁶¹.

A ben guardare, infatti, entrambe le norme impongono al professionista di tenere una condotta che risulti conforme ai principi di buona fede e correttezza¹⁶².

Si tratta, peraltro, dei medesimi principi a cui fa riferimento l’articolo 2, comma 2, lettera c-bis del medesimo Codice¹⁶³, che riconosce tra i diritti fondamentali del consumatore “*il diritto all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà*”¹⁶⁴, e che, a loro volta, affondano le proprie radici nella “*correttezza*” e nella “*buona fede*” di stampo civilistico di cui agli articoli 1175, 1337 e 1375 del Codice Civile¹⁶⁵.

Dunque, nel cercare di concretizzare lo *standard* di diligenza che si assume essere stato violato dal professionista, occorrerà in primo luogo fare riferimento ai principi di correttezza e buona fede (da intendersi in senso oggettivo) come interpretati alla luce delle norme summenzionate. Infatti, siffatti principi, da adeguarsi alla specialità della normativa in esame, nonostante la loro genericità, concorrono a definire il contenuto della condotta esigibile dal

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Art. 39, D. Lgs. 206/2005: “*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*”.

¹⁶² M. RABBITI, *op. cit.*, p. 148.

¹⁶³ Art. 2, c. 2, lett. c-bis, D. Lgs. 206/2005: “*Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti (...) all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà*”. La lettera è stata inserita dall’articolo 2 del D. Lgs. 23 ottobre 2007 n. 221.

¹⁶⁴ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 39 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, pp. 435-436.

¹⁶⁵ Art. 1175 c.c.: “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”. Art. 1337 c.c.: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. Art. 1375 c.c.: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

professionista e fungono da parametro per la misurazione del livello di competenza e attenzione che il consumatore può ragionevolmente attendere¹⁶⁶.

Alla luce di tali considerazioni, le regole della diligenza professionale devono quindi essere intese come regole oggettive di comportamento che il professionista, nell'attuare una pratica commerciale, è tenuto ad osservare per non incorrere in una valutazione di scorrettezza. Presupposto a tal fine necessario è l'adozione di cautele, misure di salvaguardia, livelli di cura e competenza suscettibili di essere considerati dovuti *ex fide bona*, in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica commerciale e alle caratteristiche del settore in cui il professionista eserciti la sua attività¹⁶⁷.

Del resto, l'accertamento da operare per la concreta determinazione del livello di diligenza professionale esigibile dal professionista risulta strettamente collegato al momento storico-economico nel quale il comportamento oggetto di giudizio si svolge e impone di avere riguardo non ad un modello astratto di professionista, bensì alle peculiarità del caso concreto e alla natura dell'attività esercitata¹⁶⁸.

Un accertamento in concreto deve essere operato anche ai fini della valutazione della sussistenza del secondo elemento costitutivo della scorrettezza della pratica commerciale, cui fa riferimento il secondo comma dell'articolo 20 del Codice del Consumo: l'attitudine della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori¹⁶⁹.

¹⁶⁶ F. MASSA, *op. cit.*, pp. 159-160.

¹⁶⁷ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., p. 157.

¹⁶⁸ A. CATRICALÀ, *Le pratiche commerciali scorrette* in AA. VV. *Diritto dei Consumatori* a cura di Guido Alpa e Antonio Catricalà, Bologna 2016, p. 200; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera h) – Definizioni*, cit., p. 77; G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., p. 157.

¹⁶⁹ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"*, cit., p. 144, segnala la diversità testuale sussistente tra l'articolo 20, c. 2 del Codice del Consumo e l'articolo 5, c. 2, lett. b della Direttiva 2005/29/CE: il legislatore italiano, infatti, qualifica come scorretta quella pratica commerciale che (oltre ad essere contraria alla diligenza professionale) "*è falsa o idonea a falsare (...)*", utilizzando un aggettivo che non compare nella definizione comunitaria, così di fatto modificando il significato della norma, anziché mutuarne la nozione dal testo comunitario ("*falsa o è idonea a falsare*"). L'autore deduce che un'interpretazione letterale della disposizione italiana porterebbe ad un risultato inaccettabile, quello di considerare una sorta di falsità intrinseca della pratica commerciale, che sarebbe irragionevole e incoerente con l'impianto della disciplina e che

L'articolo 18, nel fornire le definizioni rilevanti ai fini della comprensione dei precetti in materia, statuisce che il “*falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore*” fa riferimento all’ “*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*”¹⁷⁰. La scorrettezza di una pratica commerciale, dunque, postula imprescindibilmente la sua idoneità ad influenzare in modo decisivo le scelte economiche dei consumatori, cioè quelle decisioni che i consumatori adottano con riguardo ai rapporti di ordine patrimoniale instaurati con il professionista¹⁷¹.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in particolare, il legislatore non ha mancato di fornire la definizione di “*decisione di natura commerciale*”, da intendersi quale “*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*”, precisando ulteriormente che “*tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla*”¹⁷². È evidente, quindi, come l'effetto della pratica commerciale scorretta sul comportamento economico del consumatore risulti estremamente ampio, potendo di fatto esplicarsi su qualsiasi rapporto commerciale o negoziale fra consumatore e professionista, indipendentemente dall'oggetto, dalla causa o dalla modalità attuative dello stesso¹⁷³.

La normativa trova infatti applicazione non soltanto quando la pratica commerciale scorretta si riveli essenziale a determinare il consumatore a concludere un contratto che, senza l'effetto della pratica medesima, non sarebbe altrimenti stato concluso, a sciogliere un rapporto

condurrebbe la norma interna a porsi in contrasto con la norma comunitaria. Sul presupposto per cui si tratterebbe di una mera svista del legislatore italiano, De Cristofaro propone allora una interpretazione “correttiva” della lettera della disposizione, rendendola conforme al significato assunto nel modello comunitario.

¹⁷⁰ Art. 18, c. 1, lett. e, D. Lgs. 206/2005.

¹⁷¹ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., p. 153.

¹⁷² Art. 18, c. 1, lett. m, D. Lgs. 206/2005.

¹⁷³ F. MASSA, *op. cit.*, p. 164.

contrattuale precedentemente instauratosi o ad esercitare nei confronti della controparte un diritto del quale il consumatore abbia la titolarità, ma anche qualora la condotta del professionista risulti decisiva nell'indurre il consumatore a rifiutare una proposta contrattuale, ad astenersi dal far valere un diritto o dal porre fine ad un rapporto di durata, ovvero nel determinarlo ad accettare l'inserimento di determinate clausole nel regolamento negoziale, a stipulare il contratto con determinate modalità, ad orientarlo nella scelta tra più possibili rimedi alternativi messi a sua disposizione dal legislatore¹⁷⁴.

La rilevanza dell'effetto esplicito dalla pratica commerciale scorretta sul comportamento economico del consumatore può essere attuale o anche meramente potenziale, in quanto prescinde dalla concreta verifica di un pregiudizio economico, essendo sufficiente, ai fini dell'accertamento della responsabilità del professionista, la dimostrazione della astratta idoneità della condotta a turbare la libertà del consumatore di autodeterminarsi in modo consapevole¹⁷⁵.

Ciò è stato più volte confermato dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha rilevato come la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette delinei una fattispecie di pericolo e sia *“preordinata a prevenire distorsioni della concorrenza anche in una fase precedente a quella negoziale e a prescindere da un concreto pregiudizio economico”*¹⁷⁶.

Affinché si ravvisi una fattispecie giuridicamente rilevante, dunque, non è necessario che la pratica abbia in concreto prodotto il proprio effetto lesivo (e cioè l'induzione del consumatore *“ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*¹⁷⁷), *“essendo sufficiente la potenziale lesione della libera determinazione del consumatore”*¹⁷⁸, e cioè l'astratta potenzialità del comportamento posto in essere del

¹⁷⁴ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”*, cit., p. 157.

¹⁷⁵ F. MASSA, *op. cit.*, p. 165; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera m) – Definizioni*, cit., pp. 98-99.

¹⁷⁶ TAR LAZIO, *Sez. I, sentenza n. 3287 del 3 marzo 2010 in banca dati Pluris*.

¹⁷⁷ Art. 18, c. 1, lett. e; Art. 21 c. 1 e c. 2; Art. 22 c. 1 e c. 2; Art. 24 c. 1, D. Lgs. 206/2005.

¹⁷⁸ TAR LAZIO, *Sez. I, sentenza n. 1947 del 11 febbraio 2010 in banca dati Pluris*; TAR LAZIO, *Sez. I, sentenza n. 3778 del 14 aprile 2009 in banca dati Pluris*; TAR LAZIO, *Sez. I, sentenza n. 2828 del 23 febbraio 2010 in banca dati Pluris*.

professionista a produrre un simile effetto¹⁷⁹. Si determina, in tal modo, un'anticipazione della soglia di tutela al mero pericolo di danno¹⁸⁰.

D'altro canto, la norma in commento esige che, affinché la pratica commerciale possa essere considerata scorretta, il requisito fattuale dell'effetto, anche meramente potenziale, debba prodursi “*in misura rilevante*” (o “*in misura apprezzabile*”). Parimenti, si è sostenuto che l'utilizzo dell'avverbio “*sensibilmente*”, adottato con riferimento all'idoneità della condotta ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, manifesti l'intenzione degli organi comunitari e, conseguentemente, del legislatore italiano in sede di recepimento, di escludere dal novero delle pratiche commerciali sleali quelle condotte del professionista che si dimostrino prive di una qualsiasi potenzialità pregiudizievole autenticamente rilevante, impendendo così l'inclusione di fattispecie bagatellari nell'ambito di operatività del divieto¹⁸¹. La previsione di un limite di apprezzabilità quale *standard* di rilevanza della pratica commerciale scorretta risulta del resto coerente con l'indicazione contenuta nel Considerando 6 della Direttiva 2005/29/CE¹⁸², che esplicitamente ammette che talora l'impatto della pratica commerciale sui consumatori possa rivelarsi trascurabile.

A tal fine, viene dunque fornito un necessario criterio guida, ispirato al principio di proporzionalità¹⁸³, alla luce del quale discernere i casi rilevanti da quelli archiviabili qualora questi ultimi, pur esplicando la propria incidenza nei confronti dei consumatori, non siano tali da produrre un impatto considerevole sulla loro capacità di assunzione delle decisioni di natura commerciale¹⁸⁴. Siffatta valutazione sembra dunque orientarsi verso l'individuazione di una regola di *de minimis*, la cui *ratio* è da ricondurre all'intento del legislatore, dinanzi a fenomeni

¹⁷⁹ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1428 del 27 febbraio 2020, in banca dati *Pluris*.

¹⁸⁰ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova 2008, p. 94.

¹⁸¹ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., p. 158.

¹⁸² Considerando 6, Direttiva 2005/29/CE: “(...) 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. (...)”.

¹⁸³ Art. 5, Trattato sull'Unione Europea (TUE) pubblicato in Gazzetta ufficiale n. C 326 del 26 ottobre 2012.

¹⁸⁴ F. MASSA, *op. cit.*, p. 166.

di scarsa rilevanza sotto il profilo del condizionamento della volontà del consumatore, di rinunciare ad imporre alle imprese oneri economici sproporzionati rispetto alla reale potenzialità lesiva della pratica posta in essere¹⁸⁵.

Sebbene la disciplina in esame sia diretta a proteggere la libertà di scelta del consumatore rispetto a tutte le possibili e innumerevoli forme di distorsione che potrebbe subire ad opera del comportamento scorretto del professionista, occorre rilevare che la tutela della libertà di scelta del consumatore non impedisce comunque alle imprese di fare ricorso a strategie comunicative e commerciali che inducano il consumatore a desiderare e rivolgere la propria attenzione verso un determinato prodotto; piuttosto, quello che la normativa in oggetto intende impedire è *l'abuso* di queste tecniche, ove si rendano capaci di alterare in maniera apprezzabile il processo di determinazione della volontà del consumatore¹⁸⁶.

La libertà di scelta del consumatore si pone, quindi, quale limite decisivo alla libertà economica dell'imprenditore, a cui si vieta di porre in essere modalità e tecniche connesse alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto che possano anche solo potenzialmente venire a incidere sul diritto all'autodeterminazione del consumatore¹⁸⁷.

2.2.4.1 - Il prototipo del “consumatore medio” e il “consumatore vulnerabile”

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non è rivolta a tutelare il consumatore in quanto singolo, in virtù della posizione di asimmetria e disparità di potere economico e contrattuale che riveste rispetto al professionista. Del resto, la normativa in esame non ha specifico riguardo ad elementi di carattere soggettivo, bensì dà rilievo ad un profilo di ordine oggettivo e di interesse generale, stante la finalità di regolamentare efficientemente il mercato

¹⁸⁵ 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 Vincenzo Meli e Pierpaolo Marano, Torino 2011, pp. 4, 38 e ss.

¹⁸⁶ M. RABBITI, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹⁸⁷ L. ROSSI CARLEO, *Articolo 18, comma 1, lettera e) – Definizioni*, cit., p. 67.

e assicurare la libertà e l'effettività della concorrenza attraverso forme di prevenzione e/o repressione di comportamenti scorretti di professionisti o imprenditori a danno dei consumatori con i quali si relazionino sul mercato interno¹⁸⁸.

In questo contesto si inserisce la scelta del legislatore di orientarsi verso la costruzione di un modello ideale di consumatore, inteso quale operatore economico razionale, capace di muoversi sul mercato in modo consapevole, senza lasciarsi sopraffare dal più accentuato potere economico e contrattuale del professionista. Se, infatti, nella fase della negoziazione contrattuale si rende necessario un intervento correttivo dello squilibrio strutturale esistente nella relazione tra consumatore e professionista, nella fase della scelta commerciale muta l'oggetto di tutela, coincidendo quest'ultimo con l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato, quale luogo di scambio tra domanda e offerta¹⁸⁹.

In quest'ottica, il riferimento al consumatore è dunque da intendersi quale riferimento ad un parametro oggettivo, individuato nello *standard* del consumatore medio, a cui l'ordinamento di settore cerca di garantire un'adeguata informazione con l'obiettivo di rendere il mercato più efficiente e dinamico sotto il profilo concorrenziale¹⁹⁰. Il punto di riferimento dell'intera normativa in esame è quindi rappresentato dal consumatore medio rispetto all'intera platea di consumatori, ovvero l'esponente medio di un gruppo di consumatori, qualora la pratica sia rivolta specificamente ad un gruppo circoscritto.

Sia nella Direttiva 2005/29/CE che nella normativa di recepimento è tuttavia assente un'espressa definizione normativa di "*consumatore medio*". La direttiva si limita a farne riferimento all'interno del Considerando 18, ove si rinvia alla corrispondente nozione elaborata dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁹¹, alla cui stregua

¹⁸⁸ *Ivi*, pp. 67-68.

¹⁸⁹ M. RABBITI, *op. cit.*, pp. 151.

¹⁹⁰ L. ROSSI CARLEO, *Articolo 18, comma 1, lettera e) – Definizioni*, cit., pp. 67-68.

¹⁹¹ Si vedano, *ex multis*, CGUE, *Quinta Sez.*, sentenza del 16 luglio 1998, causa C-210/96 in ECLI:EU:C:1998:369; CGUE, sentenza del 22 giugno 1999, causa C-342/97 in ECLI:EU:C:1999:323; CGUE, *Quinta Sez.*, sentenza del 13 gennaio 2000, causa C-220/98 in ECLI:EU:C:2000:8; CGUE, *Sesta Sez.*, sentenza del 12 febbraio 2004, causa C-218/01 in ECLI:EU:C:2004:88.

il richiamo al consumatore medio porta ad assumere come parametro di riferimento non un modello di consumatore debole e vulnerabile, bensì un modello di consumatore che sia critico e consapevole, in quanto “*normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici*”¹⁹².

La decisione di prendere in considerazione un consumatore dotato di un certo livello di istruzione e di capacità critica è espressione di una più ampia tendenza di politica legislativa volta a promuovere un ruolo attivo dei consumatori, coniugando la libertà e l’effettività della concorrenza con la libertà dell’utente di effettuare scelte consapevoli sul mercato, evitando però che una siffatta tutela possa tradursi in una riduzione del livello di attenzione e valutazione esigibile dal consumatore o nell’eccessivo irrigidimento delle regole di mercato¹⁹³.

La scelta di tale parametro viene infatti collegata al principio di proporzionalità che permea tutto il diritto comunitario e manifesta ancora una volta l’opzione del legislatore di non gravare le imprese di costi ulteriori connessi all’estensione della tutela a *tutti* i consumatori, compresi quindi anche quelli ragionevolmente avveduti e attenti. Ciò implicitamente suggerisce che una siffatta tutela esula dall’obiettivo di massima protezione del consumatore, orientandosi piuttosto verso esigenze di garanzia di efficienza e buon funzionamento del mercato¹⁹⁴.

Ai fini della concreta individuazione dello *standard* di consumatore medio, la direttiva esclude che si debba avere riguardo ad un profilo quantitativo (“*La nozione di consumatore medio non è statistica*”, recita il Considerando 18¹⁹⁵). Tale precisazione determina dei rilevanti risvolti pratici nell’agire dell’organo giudicante, il quale, delimitato il gruppo di consumatori rispetto ai quali parametrare la pratica commerciale, non dovrà procedere a identificare il membro medio di tale gruppo attraverso una mera operazione matematico-statistica diretta a ricavare la media fra tutti i gradi di informazione, attenzione e avvedutezza effettivamente

¹⁹² Considerando 18, Direttiva 2005/29/CE.

¹⁹³ A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 200; M. RABBITI, *op. cit.*, p. 153.

¹⁹⁴ V. MELI, “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di *de minimis* nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, *cit.*, pp. 24-25.

¹⁹⁵ Considerando 18, Direttiva 2005/29/CE.

riscontrabili nel gruppo considerato, ma su tali basi dovrà invece espletare una valutazione che, tenuto conto del contesto concreto in cui si svolge l'analisi interpretativa, porti infine a delineare e costruire un profilo-tipo di consumatore medio¹⁹⁶.

Tuttavia, è stato da più parti obiettato che la scelta del legislatore europeo di definire il consumatore medio solo nel Considerando alla direttiva, senza fornirne una espressa definizione normativa che fosse dotata di un più consistente grado di vincolatività, abbia in principio determinato un ampliamento della discrezionalità applicativa rimessa alle autorità nazionali¹⁹⁷. Invero, il Considerando 18 fa ricorso ad avverbi dalla portata ampia e generica, la cui concretizzazione comporta la necessità di effettuare delle valutazioni di ordine discrezionale, venendo in rilievo parametri che per loro natura non possono essere predeterminati né ancorati ad elementi di carattere oggettivo¹⁹⁸. Lo stesso riferimento ai fattori sociali, culturali e linguistici ammette un'interpretazione che tenga conto dell'ambiente di riferimento, con ciò innalzando automaticamente il livello ipotetico di tutela¹⁹⁹.

L'attenzione legislativa si è infine incentrata su quelle ipotesi in cui la pratica commerciale si indirizzi nei confronti di soggetti la cui maggiore vulnerabilità in chiave cognitiva e/o psico-emotiva, suggestionabilità e credulità, impone consequenzialmente una maggiore tutela a fronte di più agevoli potenziali indebite pressioni. Il condizionamento della volontà può infatti verificarsi più facilmente in ragione della tendenziale debolezza psicologica dei destinatari e dei fattori emotivi che vengono coinvolti nel "prodotto psicologico"²⁰⁰.

Pertanto, nell'ottica di un legislatore sensibile a particolari debolezze soggettive, un rilievo autonomo è stato attribuito a quelle fattispecie contraddistinte in ragione

¹⁹⁶ V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 25.

¹⁹⁷ A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁸ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., pp. 160-161.

¹⁹⁹ A. CATRICALÀ, *op. cit.*, pp. 200-201.

²⁰⁰ A. P. SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità* in *Contr. impr.*, 1, Padova 2020, pp. 493 e ss.

dell'appartenenza del consumatore a gruppi minori, individuabili in relazione a precise connotazioni di vulnerabilità.

Non è infatti infrequente che le pratiche commerciali vengano indirizzate specificamente ad un determinato *target*, delimitabile sulla base di caratteristiche quali l'età, il sesso, la professione, il livello culturale, le condizioni personali, economiche, sociali, fisiche, psicologiche, *ect.*²⁰¹.

A tale riguardo, il terzo comma dell'articolo 20 del Codice del Consumo²⁰² prevede una sorta di "*temperamento*" al rigore della nozione di consumatore medio²⁰³. A norma della disposizione menzionata, infatti, il particolare stato di debolezza del consumatore appartenente ad un gruppo composto di soggetti vulnerabili deve essere adeguatamente valorizzato, nel senso che il sottogruppo più vulnerabile diventa l'universo di riferimento all'interno del quale occorre applicare il concetto di consumatore medio, anche allorquando la pratica sia in concreto indirizzata alla generalità dei consumatori e non ai soli appartenenti allo specifico gruppo vulnerabile²⁰⁴.

D'altronde, una maggiore attenzione del legislatore rispetto a tipologie di soggetti negoziali connotate da una più consistente vulnerabilità soggettiva emerge anche da talune norme del diritto civile comune ove talora, *a latere* del "contraente medio", si opera un richiamo a categorie ulteriori di contraenti, diversificate sulla base di specifiche connotazioni di ordine soggettivo²⁰⁵.

²⁰¹ V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 102.

²⁰² Art. 20, c. 3, D. Lgs. 206/2005: "*Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*".

²⁰³ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 20*, cit., pp. 161-162.

²⁰⁴ A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 200 ove si evidenzia che a riprova della particolare attenzione che il legislatore dedica nei confronti delle categorie di consumatori vulnerabili, soccorre infine l'articolo 27, comma 5 del Codice del Consumo, a norma del quale "*Incombe, in ogni caso, al professionista l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3*".

²⁰⁵ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova 2012, pp. 29 e ss.

Segnatamente, in tale contesto si inserisce l'articolo 1435 del Codice Civile che, con riguardo alla fattispecie del contraente vittima della violenza morale esercitata dalla controparte o da un terzo, impone di effettuare una valutazione in concreto parametrata alla “*età, al sesso e alla condizione delle persone*”²⁰⁶.

Si è pertanto dedotto che gli stessi criteri ai quali il legislatore già nel 1942 aveva ritenuto opportuno commisurare la tutela apprestata in ambito civilistico appaiano meritevoli di conferma anche in materia di pratiche commerciali scorrette, ai fini della determinazione della figura del consumatore vulnerabile degno di specifica protezione nella fattispecie concreta. Ad avvalorare siffatta deduzione, si è argomentato che la violenza morale rappresenterebbe uno degli elementi costitutivi dell'aggressività della pratica e, dunque, stante il parallelismo tra la figura della violenza morale delineata nel Codice Civile e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in specie delle pratiche commerciali aggressive, il richiamo analogico ai criteri stabiliti dal diritto civile può ritenersi immediato, essendo equivalente la fattispecie causa giustificatrice²⁰⁷.

Inoltre, per ragioni di identità di *ratio*, ai fini della individuazione del prototipo rappresentato dal consumatore vulnerabile si è ammessa l'estensione dei medesimi criteri codicistici alle ulteriori figure tipizzate di pratiche commerciali scorrette, anche qualora queste ultime non vengano in concreto a integrare gli estremi della violenza morale²⁰⁸.

Nondimeno, si deve rilevare che nonostante la pretesa praticabilità di una interpretazione analogica con riferimento alle condizioni soggettive che connotano la figura del contraente debole, l'oggetto e le finalità della tutela predisposta dal Codice Civile divergono rispetto alle analoghe esigenze di cui si occupa la disciplina comunitaria. Il Codice Civile ha infatti riguardo al contratto concluso dal contraente debole in quanto coartato alla conclusione

²⁰⁶ Art. 1435 c.c.: “*La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone.*”

²⁰⁷ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 29 e ss.

²⁰⁸ *Ibid.*

del medesimo, e mira pertanto alla invalidazione dell'atto negoziale posto in essere. Il diritto comunitario in materia di pratiche commerciali scorrette interviene, invece, in una fase prodromica e investe l'attività complessiva del contraente forte, in quanto suscettibile di coartare la volontà del consumatore; si prescinde quindi dalla già avvenuta formazione di un atto negoziale, mirando, all'opposto, a prevenirne la conclusione²⁰⁹.

2.2.5 - Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive

La clausola generale di divieto di pratiche commerciali scorrette si articola, alla stregua dello schema geometrico già richiamato, in due sottocategorie di pratiche commerciali vietate: le pratiche commerciali ingannevoli, a loro volta distinte sulla base della loro natura attiva²¹⁰ o omissiva²¹¹, e le pratiche commerciali aggressive²¹².

A completare l'inquadramento sistematico predisposto dal legislatore, vengono in rilievo gli articoli 23 e 26 del Codice del Consumo i quali enucleano, rispettivamente, le pratiche commerciali che in ogni caso sono qualificabili come ingannevoli o aggressive. Con la locuzione "*in ogni caso ingannevoli*" o "*in ogni caso aggressive*", a garanzia di una maggiore certezza del diritto, si è inteso delineare una presunzione legale di scorrettezza delle fattispecie elencate, attraverso l'esemplificazione di tipologie di pratiche commerciali da considerarsi vietate *tout court*. In altri termini, dinanzi a una fattispecie integrante una delle pratiche commerciali ritenute in ogni caso scorrette, non risulta necessario procedere a valutare in concreto l'effettiva scorrettezza della pratica, avendo cioè riguardo alle caratteristiche e alle circostanze della fattispecie in rilievo. Conseguendone, inoltre, l'impossibilità per il professionista che ponga in essere una pratica commerciale riconducibile

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Art. 21, D. Lgs. 206/2005.

²¹¹ Art. 22, D. Lgs. 206/2005.

²¹² Art. 24, D. Lgs. 206/2005.

all'ambito delle fattispecie *ivi* menzionate, di fornire la prova contraria al fine di sottrarsi al giudizio di scorrettezza²¹³.

La bipartizione nelle due categorie di pratiche commerciali scorrette ha radici sistematiche profonde nel diritto dei consumatori di fonte comunitaria, ove negli anni si è ravvisata un'esigenza sempre più stringente di tutela degli interessi economici del contraente debole in relazione a strategie commerciali dei professionisti tese ora a sorprendere l'affidamento, ora a coartarne la volontà²¹⁴.

Tratto caratterizzante comune alla nozione generale di pratica commerciale scorretta e alle categorie di pratiche ingannevoli e aggressive è rappresentato dall'attitudine della pratica ad alterare la capacità del consumatore di compiere una scelta consapevole, poiché idonea a determinarlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso o che avrebbe preso, ma con modalità o a condizioni differenti rispetto a quelle in concreto adottate.

In giurisprudenza, invece, il tratto distintivo tra le due categorie di pratiche commerciali scorrette è stato individuato nella differente modalità attraverso la quale il professionista intende raggiungere il suo proposito. Se, infatti, attraverso una pratica commerciale ingannevole il professionista mira a ottenere la conclusione di un contratto del cui contenuto il consumatore non sia pienamente avveduto e consapevole, per il tramite di una pratica commerciale aggressiva, l'agente scorretto si propone invece di condizionare la volontà del consumatore, determinandolo a concludere un contratto della cui convenienza effettivamente dubiti²¹⁵. In proposito si sottolinea, infatti, che mentre le pratiche ingannevoli esplicano una portata decettiva rispetto alla decisione commerciale, le pratiche aggressive

²¹³ S. PERUGINI, *Articolo 23, comma 1, lettere a) -m) – Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 208-209.

²¹⁴ S. PERUGINI, *Articolo 26, comma 1, lettere a) -d) – Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 255.

²¹⁵ *Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, in banca dati DeJure.*

determinano un effetto distorsivo sulla libertà di scelta del consumatore poiché, attraverso l'esercizio indebito di pressioni fisiche o psicologiche, si giovano delle debolezze caratteriali, emotive e culturali dell'utente o della posizione di inferiorità strutturale ricoperta rispetto al professionista, al fine ultimo di minarne la libertà di autodeterminazione²¹⁶.

Per quanto concerne la prima delle due sottocategorie di pratiche commerciali vietate, occorre considerare che, al pari di tutta la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, anche gli articoli da 21 a 23 del Codice del Consumo, dedicati all'individuazione e alla regolamentazione delle pratiche commerciali ingannevoli, delineano delle fattispecie di pericolo. Tali norme sono infatti preordinate a prevenire possibili distorsioni delle iniziative commerciali dei consumatori che possano dispiegare i propri effetti già nella fase prodromica a quella negoziale, sicché risulta sufficiente la potenziale e astratta lesione della libera determinazione del consumatore ad integrare il divieto legislativo²¹⁷.

L'articolo 21 del Codice del Consumo qualifica come ingannevole e di carattere commissivo la pratica commerciale *“che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio”*²¹⁸ con riferimento ad uno o più degli elementi tassativamente indicati dal legislatore e tra i quali, a titolo esemplificativo, si possono richiamare: l'esistenza e la natura del prodotto (lett. a), le sue caratteristiche principali, inclusi gli aspetti di tipo manutentivo e il prezzo (lett. b, e d), il processo di commercializzazione e gli impegni assunti dal professionista (lett. c), le qualità del professionista e la sua titolarità di diritti di proprietà industriale, commerciale e intellettuale (lett. f), nonché i diritti riconosciuti al consumatore (lett. g)²¹⁹.

²¹⁶ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali “aggressive”* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, p. 307.

²¹⁷ R. CALVO, *Commento sub art. 21* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, p. 166.

²¹⁸ Art. 6, Direttiva 2005/29/CE; art. 21, c. 1, D. Lgs. 206/2005.

²¹⁹ Nello specifico, ai sensi del comma 1 dell'articolo 21 del Codice del Consumo, l'ingannevolezza della pratica commerciale è integrata laddove l'informazione resa dal professionista sia idonea a trarre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi: *“a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche*

A norma della medesima disposizione, ai fini del giudizio di ingannevolezza, occorre che la pratica induca o sia idonea a indurre il consumatore medio “*ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*”²²⁰.

La valutazione di ingannevolezza della condotta attiva del professionista mediante la quale viene ad essere integrata una pratica commerciale ingannevole verte quindi sulla contemporanea sussistenza di due elementi: un presupposto di natura variabile, che nella formula generale di cui al comma 1 dell’articolo 21 coincide con la falsità intrinseca o rappresentativa dell’informazione resa dal professionista, e uno di natura costante, rappresentato dalla capacità decettiva della pratica, intesa quale attitudine, insita nel tipo di informazione, nel suo contenuto, nel modo o negli strumenti impiegati per la sua trasmissione, a trarre in inganno il consumatore medio²²¹.

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”.

²²⁰ Il comma 2 dell’articolo 21 del Codice del Consumo annovera tra le pratiche commerciali ingannevoli di carattere commissivo quelle che comportino attività di commercializzazione del prodotto idonee a ingenerare confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente (inclusa, quindi, anche la pubblicità comparativa illecita), nonché quelle attività che determinino una violazione degli impegni assunti dal professionista in un codice di condotta. Il legislatore italiano ha poi *sua sponte* allargato il novero delle pratiche commerciali considerate in ogni caso scorrette, affiancando alle fattispecie già contemplate negli articoli 23 e 26 del Codice del Consumo, le quali sostanzialmente riproducono le fattispecie già contenute nell’Allegato I alla direttiva, ulteriori fattispecie non contemplate nell’Allegato medesimo. Le fattispecie così contemplate, ai fini della qualificazione di pratica commerciale scorrette, devono presentare in concreto tutti gli elementi costitutivi di una pratica ingannevole (cfr. A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 21* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, p. 173). In particolare, i commi 3 e 4 della medesima norma introducono invece il tema della sicurezza e della salute dei consumatori, poste in pericolo a causa dell’omessa avvertenza da parte del professionista in ordine alla pericolosità del prodotto, in modo tale da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza, o dalla naturale destinazione verso adolescenti e bambini. La norma è stata da ultimo integrata con due ulteriori commi, il 3-bis e il 4-bis, che qualificano come ingannevoli rispettivamente: 1) le condotte della banca o dell’intermediario finanziario che obblighino il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa o alla stipulazione di un contratto di apertura di credito presso il professionista medesimo ai fini della concessione di un mutuo, ovvero 2) le condotte del professionista consistenti nella richiesta di pagamento di un sovrapprezzo per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi.

²²¹ T. PICA, *Articolo 21, comma 1 – Pratiche commerciali ingannevoli* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 162 e ss.; A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 21, cit.*, p. 167.

Accanto alla previsione di fattispecie qualificabili in termini di pratica commerciale ingannevole di natura commissiva, il legislatore transnazionale prima e, successivamente, il legislatore italiano in sede di recepimento, hanno introdotto sul piano legislativo e reso oggetto di specifico divieto l'ulteriore fattispecie delle pratiche commerciali ingannevoli integrate da un comportamento omissivo del professionista.

Siffatta sottocategoria ricomprende non solo le omissioni informative in senso stretto, ma anche le ipotesi in cui le informazioni vengano rese dal professionista con modalità inidonee a garantire il pieno e libero esercizio della capacità di autodeterminazione del consumatore. Segnatamente, fermo restando la necessità che la pratica induca o sia idonea ad indurre *“il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*, è qualificata come ingannevole quella pratica commerciale che *“nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale”* ²²² ovvero *“occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti (...) o non indica l'intento commerciale della pratica stessa”* ²²³, qualora siffatti elementi non emergano in modo palese dal contesto.

La rilevanza dei contenuti informativi menzionati dalla norma in esame, ritenuti essenziali per il consumatore al fine di determinarsi in modo consapevole in ordine a scelte di natura commerciale, è valutata in considerazione di una pluralità di fattori, tenuto conto sia delle esigenze del professionista che dei bisogni del consumatore medio, in una visione complessiva di necessario bilanciamento di interessi; si impone in maniera stringente,

²²² Art. 7, c. 1, Direttiva 2005/29/CE; art. 22, c. 1, D. Lgs. 206/2005.

²²³ Art. 7, c. 2, Direttiva 2005/29/CE; art. 22, c. 2, D. Lgs. 206/2005. Il comma 4 dell'articolo 22 indica puntualmente le informazioni considerate rilevanti nell'ipotesi in cui l'omissione ingannevole consista in un invito all'acquisto. Il comma 5 sottolinea, invece, che sono considerati rilevanti anche gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario e connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto.

nell'ottica legislativa, l'esigenza di un'adeguata ponderazione tra le necessità informative del consumatore e i concreti mezzi (anche di comunicazione) a disposizione del professionista²²⁴.

Il quadro così sinteticamente delineato evidenzia come la disciplina in materie di pratiche commerciali ingannevoli ponga in capo ai professionisti, sin dal primo contatto con i consumatori, un onere di chiarezza e di completezza delle informazioni, che concerne gli aspetti salienti della proposta contrattuale, nonché il contenuto effettivo della stessa, allo scopo di perequare l'asimmetria informativa sussistente tra le parti, in quanto elemento strutturale suscettibile di determinare uno dei fallimenti del mercato²²⁵.

Infatti, come si è già avuto modo di osservare²²⁶, nell'ambito delle diverse forme in cui si manifestino i rapporti commerciali e contrattuali tra professionista e consumatore, una corretta comunicazione commerciale e un'informazione veritiera, trasparente e facilmente accessibile alla platea dei consumatori sono requisiti imprescindibili per la formazione di un mercato concorrenziale all'interno del quale sia assicurata agli utenti finali la possibilità di assumere decisioni commerciali in modo libero e ponderato²²⁷.

Come noto, la contrattazione di consumo è invece intrinsecamente caratterizzata da una asimmetria strutturale, ove la posizione del consumatore risulta connotata da una invalicabile situazione di difficoltà economica, informativa e contrattuale atta a precludergli ogni tentativo di incidere in maniera effettiva sulla formazione del regolamento negoziale.

Dalla consapevolezza di un siffatto squilibrio caratterizzante il rapporto consumeristico muove, pertanto, l'approccio legislativo teso a garantire quantomeno la serietà e la completezza del processo di formazione della volontà negoziale dell'utente finale,

²²⁴ A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 22 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, p. 178.

²²⁵ TAR Lazio, Sez. 1, sentenza n. 782 del 21 gennaio 2019, in banca dati Plusplus24Diritto. Si veda anche: E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1227-1228.

²²⁶ Si rinvia alle considerazioni in materia di comunicazione e obblighi di informazione di cui *supra* cap. 1.2.1.

²²⁷ T. PICA, *Articolo 21, comma 1 – Pratiche commerciali ingannevoli*, cit., p. 160.

attraverso l'imposizione in capo al professionista di obblighi positivi di comportamento ispirati al principio informativo permeante l'intera legislazione consumeristica²²⁸.

La disciplina dettata in tema di pratiche commerciali ingannevoli viene dunque inevitabilmente a intersecare la questione, percepita già dal legislatore comunitario come centrale, del diritto del consumatore a disporre di un patrimonio di informazioni adeguato al fine di garantirgli una piena consapevolezza rispetto alla scelta commerciale o negoziale che è chiamato a compiere. Un'informazione corretta e adeguatamente resa, infatti, costituisce un elemento irrinunciabile a tutela del libero arbitrio della parte economicamente e contrattualmente più debole, affinché quest'ultima risulti in grado di maturare una decisione ponderata sulla base dell'esatta e completa rappresentazione della realtà²²⁹.

Per converso, la falsa o incompleta informazione, quali elementi costitutivi di una pratica commerciale ingannevole, alterano sensibilmente la percezione della reale consistenza e convenienza dell'operazione economica, così che l'informazione, che dovrebbe in principio costituire il presupposto primario per l'assunzione di una decisione ponderata, diviene invece strumento attraverso il quale si stravolge all'origine la genuinità del processo decisionale²³⁰.

L'esigenza di trasparenza e di completezza delle informazioni, d'altronde, risulta sempre più avvertita a fronte di dinamiche economiche di recente sviluppo incentrate sulle nuove capacità del professionista di avvalersi di mezzi di comunicazione altamente persuasivi, idonei a raggiungere agevolmente le masse dei consumatori, generando in questi ultimi il desiderio o persino la necessità del prodotto commerciale²³¹. Occorre tenere presente, infatti, che l'adozione di una pratica commerciale ingannevole costituisce la manifestazione di un comportamento intenzionalmente posto in essere dal professionista, il quale, attraverso

²²⁸ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 261 e ss.

²²⁹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, pp. 175 e ss.

²³⁰ P. BORTONE, *op. cit.*, p. 282.

²³¹ A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni* in AA. VV. *Diritti e tutele dei consumatori* a cura di Giuseppe Recinto, Lorenzo Mezzasoma, Stefano Cherti, Napoli 2014, pp. 58 e ss.

tecniche di promozione e di comunicazione particolarmente incisive, utilizza a proprio beneficio la posizione di vantaggio (anzitutto informativo) ricoperta rispetto a un consumatore medio del quale è già in grado di conoscere comportamenti, abitudini, preferenze commerciali, potendo sfruttare siffatte conoscenze presupposte per trarne un'effettiva utilità commerciale²³².

L'intento precipuo perseguito in sede legislativa attraverso la regolamentazione delle pratiche anzidette consiste dunque nel rafforzare l'attuazione del principio di trasparenza nell'ambito delle contrattazioni di massa, in modo tale da agevolare il corretto esplicarsi della capacità di autodeterminazione in capo al consumatore, contrastando il pericolo che la maggior forza economica del professionista possa tradursi in uno strumento di abuso delle posizioni private di supremazia. L'obiettivo è quindi quello di apprestare strumenti normativi *“capaci di liberare le parti vulnerabili dai trabocchetti della disinformazione astutamente congegnati per allontanarle dalla conoscenza della reale natura delle cose”*, e che quindi si dimostrino idonei ad appianare il dislivello informativo sussistente tra le parti²³³.

Accanto alle pratiche commerciali ingannevoli, il legislatore ha individuato un *secundum genus* di condotta sleale: le pratiche commerciali aggressive. A norma dell'articolo 24 del Codice del Consumo, tale è da considerarsi la pratica che *“nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*²³⁴.

La definizione legislativa di pratica commerciale aggressiva è caratterizzata dall'esplicito richiamo testuale alla libertà di scelta del consumatore che, in quanto bene

²³² A. COSTA, *op. cit.*, p. 251.

²³³ R. CALVO, *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, cit., pp. 177 e ss.

²³⁴ Art. 24, D. Lgs. 206/2005, che riproduce fedelmente la formula impiegata nell'art. 8 della Direttiva 2005/29/CE.

giuridico protetto dalla complessiva disciplina in esame, deve ritenersi posto a fondamento dell'analogo divieto di pratiche commerciali ingannevoli, pur essendo formalmente assente nella relativa definizione. D'altronde, l'immediato riferimento alla libertà di scelta del consumatore potrebbe giustificarsi sulla base della considerazione per cui siffatta tipologia di pratica risulta essere maggiormente incisiva sull'autodeterminazione del consumatore, anche con riguardo a profili di natura non negoziale. Infatti, se attraverso una pratica commerciale ingannevole il professionista cerca di interferire sul processo decisionale del consumatore attraverso strumenti di persuasione imperniati sull'informazione, la pratica aggressiva non si esaurisce in tecniche comunicative basate sulla manipolazione dell'informazione resa, ma risulta diretta a minare alla base la libertà di scelta del consumatore per il tramite di strumenti di intimidazione: condotte fisiche direzionate a provocare una limitazione della libertà personale ovvero comportamenti estorsivi idonei a far leva su suggestioni, sentimenti, paure, debolezze emotive, capacità cognitive, profilo linguistico, livello culturale dell'utente stesso²³⁵.

Non a caso, la pratica commerciale aggressiva è stata definita una “*condotta fortemente invasiva, per le pressioni in cui in concreto consiste, della libertà di scelta del consumatore (...) che non incide, quanto meno necessariamente, sulla possibilità per il consumatore di acquisire gli elementi conoscitivi necessari circa il contenuto del contratto, ma sulla stessa volontà di stipularlo pur in presenza di un giudizio negativo sulla sua convenienza*”²³⁶.

Ulteriore tratto peculiare delle pratiche commerciali aggressive rispetto a quelle ingannevoli è stato peraltro ravvisato nella sussistenza di un contatto diretto e personale, ravvicinato o a distanza, tra professionista e consumatore, per effetto del quale non si determina necessariamente un'alterazione nella rappresentazione del reale tale da produrre una distorsione della capacità valutativa dell'utente; l'aggressività della pratica comporta, piuttosto, il ricorso a tecniche e strumenti di mirata intimidazione, di natura non necessariamente negoziale, idonee

²³⁵ L. DI NELLA, *op. cit.*, pp. 304 e ss.; A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, cit., p. 67.

²³⁶ *Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3588 del 20 giugno 2012, in banca dati DeJure.*

a incidere sull'emozionalità del consumatore, realizzando un'indebita interferenza nella sua sfera privata e influenzandone slealmente la libertà di scelta²³⁷.

In dottrina e in giurisprudenza è stato sostenuto che nella definizione di pratica commerciale aggressiva possano ravvisarsi due distinti elementi costitutivi: un elemento di carattere funzionale, che costituisce comune denominatore per tutte le tipologie di pratiche aggressive, rappresentato dalla capacità effettiva o potenziale della condotta del professionista a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, e un elemento di tipo strutturale, ravvisabile nelle tre distinte tipologie di condotte determinative dell'aggressività della pratica, quali molestie, coercizione (compreso il ricorso alla forza fisica) e indebito condizionamento. In proposito, è stato opportunamente osservato che non vi è alterità tra elemento strutturale e elemento funzionale, di talché l'alterazione della capacità decisionale del consumatore non può essere ritenuta presupposto autonomo, ma effetto riflesso dell'adozione di una pratica commerciale aggressiva²³⁸.

A completamento della disciplina delle pratiche commerciali aggressive predisposta dal legislatore, l'articolo 25 del Codice di Consumo, riproducendo in maniera sostanzialmente pedissequa la formula utilizzata nel testo comunitario, individua gli elementi indiziari utili ad accertare la ricorrenza nella fattispecie concreta delle condotte tipizzate in quanto idonee a integrare l'aggressività della pratica²³⁹.

²³⁷ A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, p. 209; L. LA ROCCA, *Commento sub art. 24* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano 2019, pp. 226 e ss.

²³⁸ M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera l) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, p. 88 e ss., la quale rileva che la precisazione non ha una valenza meramente teorica, ma è necessaria ai fini di non aggravare l'onere della prova del consumatore nel senso di onerarne tanto della prova degli specifici requisiti della coercizione, della molestia o dell'indebito condizionamento, tanto della prova della limitazione della sua capacità decisionale per effetto della condotta aggressiva posta in essere dal professionista.

²³⁹ Art. 9, Direttiva 2005/29/CE; art. 25, D. Lgs. 206/2005: “*Nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di*

Occorre d'altronde rilevare che nell'ambito delle definizioni di carattere generale, il legislatore ha ritenuto meritevole di considerazione autonoma la sola condotta qualificabile in termini di indebito condizionamento, definito come *“lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”*²⁴⁰.

Dalla definizione di indebito condizionamento emerge che nella fattispecie *de qua* l'incidenza sul processo di determinazione volitiva del consumatore non implichi il necessario ricorso alla forza fisica o alla minaccia, bensì si traduca nello sfruttamento di una posizione di potere giuridico o di mero fatto ad opera del professionista²⁴¹. Inoltre, gli interpreti sostengono che il legislatore, utilizzando la locuzione *“sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore”*, non abbia inteso riferirsi alla fisiologica asimmetria informativa che caratterizza la dinamica strettamente contrattuale, bensì faccia riferimento ad una situazione contingente imperniata sullo sfruttamento della condizione economica o psicologica del consumatore, tale

cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata ”.

²⁴⁰ Art. 18, c. 1, lett. l, D. Lgs. 206/2005.

²⁴¹ La precisione con cui è stata formulata la definizione di cui all'art. 18, c. 1, lett. l consente di individuare in via esemplificativa delle fattispecie sussumibili sotto la generica definizione di indebito condizionamento. Il riferimento è innanzitutto all'art. 25, c. 1, lett. c del Codice del Consumo, riferita allo *“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”*. Tale sarebbe la condotta dell'impresario funebre che, facendo leva sulla condizione di afflizione in cui versano i parenti per il lutto subito, li induca all'acquisto di un prodotto connesso all'evento tragico (cfr. G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova 2008, p. 128; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera l) – Definizioni*, cit., p. 91). Nello stesso senso, ai fini della sussunzione di una fattispecie nell'ambito delle pratiche aggressive integrate per effetto di un indebito condizionamento, viene in rilievo la fattispecie di cui all'art. 26, c. 1, lett. e, riferita al comportamento di chi include *“in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati”*, posto che anche in questo caso la decisione di acquisto consegue allo sfruttamento da parte del professionista della debolezza emotiva o caratteriale del consumatore (cfr. M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera l) – Definizioni*, cit., p. 92). L'approfittamento da parte del professionista può realizzarsi anche sul piano dei comportamenti defatiganti, che ostacolano le pretese e i diritti del consumatore; in questo senso, rileva la fattispecie di cui all'art. 25, c. 1, lett. d, consistente in *“qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista”*, ove tale ostacolo potrebbe ad esempio consistere nella pretesa di esibizione di documenti non necessari o di difficile reperibilità ovvero nell'inerzia dinanzi alla pretesa legittima del consumatore (cfr. A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., p. 211; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera l) – Definizioni*, cit., p. 88).

da consentire al professionista di determinarne uno sviamento nel percorso decisionale e minarne più agevolmente la libertà di scelta, approfittando, attraverso l'esercizio di pressioni che possano manifestarsi anche con la forza fisica, delle gravi difficoltà in cui versi l'utente²⁴².

La nozione di indebito condizionamento rende peraltro manifesta la portata residuale della fattispecie rispetto alle altre tipologie di pratiche aggressive poiché, pur presentando un grado di incisività e modalità espressive non concretanti molestie o coercizione, è idonea a ricomprendere tutte quelle forme di indebita pressione attraverso le quali il professionista risulti in grado di sfruttare la propria posizione di potere approfittando della situazione di debolezza strutturale del consumatore, allo scopo di indurre quest'ultimo ad assumere una determinazione commerciale più congegnale ai suoi personali interessi²⁴³.

Ai fini della valutazione della pretesa aggressività di una pratica commerciale, le condotte riconducibili alla molestia o alla coercizione non sono state oggetto di specifica definizione normativa e, secondo la dottrina prevalente, devono dunque essere interpretate attraverso strumenti ermeneutici ricavabili dalla stessa *ratio* e dalla sistematica della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, escludendosi la possibilità di fare riferimento a nozioni analoghe proprie di altri settori dell'ordinamento²⁴⁴.

Alcune indicazioni sulla nozione di "molestia" possono essere dedotte da talune fattispecie di pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive e tipizzate all'articolo 26, comma 1, lettere b e c del Codice del Consumo, ove si ha riguardo a quelle ipotesi in cui il consumatore riceva continue visite del professionista presso la propria abitazione, malgrado l'invito ad allontanarsi, ovvero sia destinatario di ripetute e non richieste sollecitazioni

²⁴²A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni* in AA. VV. *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 69; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera l) – Definizioni*, cit., p. 89; P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 959.

²⁴³A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., p. 211; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1247.

²⁴⁴L. LA ROCCA, *Commento sub art. 24*, cit., pp. 228 e ss.; G. DALLE VEDOVE, *op. cit.*, p. 123; C. SOLINAS, *op. cit.*, pp. 237 e ss.; A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., pp. 209 e ss.

commerciali mediante mezzi di comunicazione a distanza²⁴⁵. Sulla base dei summenzionati dati testuali, l'area semantica del concetto di molestia ai sensi degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo sembra confinare con quella del "disagio": il professionista, introducendosi con aggressività e veemenza nella sfera privata dell'utente, attraverso atti invasivi e fastidiosi, suscita nel consumatore un disagio che si traduce o sia idoneo a tradursi in una limitazione della sua libertà di discernimento, cioè un disagio tale da avere efficacia limitativa potenziale o attuale rispetto alla libertà di scelta del consumatore e capacità determinante rispetto alla decisione commerciale, che si concreti o meno nella conclusione di un contratto²⁴⁶.

Per quanto concerne invece la nozione di "coercizione", lo stesso articolo 24 del Codice del Consumo, pur non fornendone una esplicita definizione normativa, offre un utile ausilio interpretativo nella misura in cui riconduce espressamente alla sfera di operatività della norma "il ricorso alla forza fisica". La menzione della forza fisica quale forma di condotta coercitiva manifesta l'intenzione del legislatore di colpire, attraverso la coercizione, quelle pratiche commerciali dotate di una più spiccata capacità di incidere indebitamente sulla libertà di scelta e di comportamento del consumatore: nell'ambito della nozione *de qua* possono quindi essere ricondotte le minacce verbali, gli insulti, l'umiliazione, le costrizioni fisiche che si concretizzano in "atteggiamenti che mirino ad incutere nel consumatore il fondato timore che, se non compirà determinate scelte, subirà conseguenze che andranno ad incidere negativamente sulla propria sfera personale o patrimoniale"²⁴⁷ o eventualmente "di altri soggetti a lui legati da vincoli parentali o affettivamente vicini, come pure ad animali da compagnia"²⁴⁸. Dinanzi al comportamento di carattere coercitivo assunto dal professionista,

²⁴⁵ Art. 26, c. 1., lett. b e c: "Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali: (...) b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale; c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale (...)".

²⁴⁶ A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., p. 210; L. LA ROCCA, *Commento sub art. 24*, cit., p. 229; C. SOLINAS, *op. cit.*, p. 239.

²⁴⁷ A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., p. 211.

²⁴⁸ L. DI NELLA, *op. cit.*, p. 318.

nell'ottica del consumatore può quindi prospettarsi la classica alternativa della scelta del male minore, ossia l'adozione di una certa decisione (che sia sostanzialmente vantaggiosa per il professionista) oppure la realizzazione del fatto minacciato²⁴⁹.

2.2.5.1 - Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive: un richiamo analogico alle categorie civilistiche del dolo e della violenza

Sebbene sull'argomento si tornerà più diffusamente nel prosieguo della trattazione²⁵⁰, ragioni di coerenza espositiva impongono di evidenziare già all'esito dell'analisi della disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive la sussistenza di un richiamo analogico delle fattispecie in esame alle figure civilistiche del dolo e della violenza.

Del resto, sembrerebbero agevole, quantomeno in termini teorici, l'inquadramento della nozione di pratica commerciale scorretta nelle tradizionali categorie concettuali del diritto civile. Invero, già la nozione di "*pratica commerciale scorretta*" risulterebbe *prima facie* prossima a quella di illecito, mentre il "*falsare l'altrui comportamento economico*" richiamerebbe concetti che appartengono alla teoria del negozio giuridico, di cui l'autenticità della scelta compiuta o, in senso inverso, l'anomala formazione della volontà, rappresentano canoni imprescindibili. Notevoli sono pertanto le assonanze tra la disciplina *de qua* e la disciplina civilistica della invalidità e dei vizi della volontà²⁵¹.

²⁴⁹ *Ivi*, p. 319; C. SOLINAS, *op. cit.*, pp. 239 e ss., ove in particolare riconduce alla coercizione le fattispecie tipiche di pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive di cui all'art. 26, c. 1, lett. a, f, g del Codice del Consumo, in quanto fattispecie che presentano in comune la creazione, in capo al consumatore, di una pressione psicologica molto forte, tale da determinare una limitazione potenziale o attuale della sua libertà di scelta: "*Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali: a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; f) 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 (...)* g) *informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista*". Nella coercizione si riconduce solitamente anche l'ipotesi del "*ricorso alla minaccia fisica o verbale*" di cui all'art. 25, c. 1, lett. b (cfr. A. DE FRANCESCHI, *Commento sub art. 24*, cit., p. 211).

²⁵⁰ Vedi *infra*, capitolo 3.5.2.

²⁵¹ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, Bari 2010, pp. 59 e ss.

D'altro canto, si è anche osservato che la sussunzione delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive nelle tradizionali categorie civilistiche non è di immediata evidenza, né tantomeno può operare per via di automatismi, ma richiede uno sforzo ermeneutico notevole demandato all'interprete²⁵².

In proposito, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, le pratiche commerciali ingannevoli richiamerebbero lo schema tipico del dolo, mentre le pratiche commerciali aggressive sembrerebbero a prima vista invocare la figura civilistica della violenza²⁵³.

In tal senso, si argomenta che il fondamento di una scelta valida è rappresentato dalla sua razionalità e, quindi, dall'assenza di cause distorsive della volontà: razionale e autentica è una scelta consapevole, cioè scevra da false rappresentazioni della realtà, ma anche una scelta libera, in quanto non costretta dall'effetto di minaccia o violenza. Per converso, la decisione negoziale perde la sua razionalità quando sulla medesima interviene indebitamente un vizio tale da compromettere l'utilità dello scambio, avuto riguardo all'interesse del soggetto considerato.

Ragionando in questi termini, ai fini della valutazione dell'autenticità della scelta negoziale compiuta a valle di una pratica commerciale scorretta, sembrerebbe possibile, almeno in prima analisi, ricondurre il mendacio e la reticenza indebita, quali elementi integranti una pratica commerciale ingannevole, allo schema del raggiro; le molestie, la coercizione, le pressioni fisiche o psicologiche invadenti, quali elementi costitutivi di una pratica commerciale aggressiva, sembrerebbero potersi agevolmente inquadrare nell'ambito della minaccia di un male ingiusto e notevole²⁵⁴.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, p. 238; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 776 e ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità* in *Obblig. contr.*, Torino 2010, pp. 408 e ss.; A. COSTA, *op. cit.*, p. 250; G. DALLE VEDOVE, *op. cit.*, pp. 117 e ss.; A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 63 e ss.; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., pp. 698 e ss.; M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian* a cura di De Giorgi Maria Vita, Delle Monache Stefano, De Cristofaro Giovanni, II, Padova 2010, pp. 485 e ss.

²⁵⁴ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 61.

Le rilevate analogie tra le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive e i vizi del consenso hanno indotto taluna dottrina a suggerire l'applicabilità del rimedio dell'annullabilità del contratto che sia stato concluso per effetto o a seguito di una pratica commerciale scorretta. Compito demandato all'interprete è dunque quello di verificare in concreto la praticabilità del rimedio civilistico proposto, stante la sussistenza di innegabili differenze tra l'impostazione e i presupposti applicativi richiesti dal Codice Civile in materia di dolo e violenza e quelli che esige la disciplina delle pratiche commerciali scorrette²⁵⁵.

Nello specifico, le ipotesi individuate dal legislatore quali fattispecie idonee a integrare una pratica commerciale ingannevole di natura commissiva sembrerebbero evocare la categoria del dolo determinante che, nell'ordinamento giuridico italiano, è causa di annullabilità del contratto *ex* articolo 1439 del Codice Civile²⁵⁶. Segnatamente, al dolo quale causa di annullamento del contratto riscontrabile nell'ipotesi in cui siano stati adoperati artifici o raggiri "*tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato*", verrebbe ricondotta, per analogia, la previsione di ingannevolezza di una pratica commerciale commissiva, consistente nella "*induzione o idoneità a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*"²⁵⁷.

Il sistema normativo in merito alle pratiche in commento viene integrato dall'elencazione tassativa, di cui all'articolo 21 del Codice del Consumo, degli aspetti informativi considerati rilevanti ai fini dell'assunzione di una ponderata scelta economica del consumatore: tra questi emergono elementi attinenti al contenuto essenziale del contratto (a titolo esemplificativo, si richiamano: la natura e l'esistenza del prodotto, le caratteristiche principali del medesimo, il prezzo), di tale importanza che, nell'ambito del complessivo regolamento negoziale, ove oggetto di errore, risulterebbero in grado di inficiare la volontà

²⁵⁵ Sul punto si veda *infra* capitolo 3.5.2.1.

²⁵⁶ Art. 1439 c.c.: "*Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio.*"

²⁵⁷ NUZZO, *op. cit.*, p. 238; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.

del consumatore in merito all'*an* della contrattazione. Nondimeno, sebbene la norma menzioni ulteriori elementi riferibili ad aspetti sostanzialmente estranei all'ambito del contenuto contrattuale (si pensi, per esempio, alle qualità e allo *status* del professionista), anche con riferimento a questi ultimi non sembrerebbe possibile potersi escludere a priori l'intrinseca attitudine a incidere sul consenso del contraente, quantomeno sotto il profilo della determinazione a concludere un contratto con modalità e/o a condizioni differenti da quelle in concreto adottate, potendo di fatto venire ad essere integrato lo schema del dolo incidente che, ai sensi dell'articolo 1440 del Codice Civile²⁵⁸, in presenza della mala fede del contraente, costituisce causa di risarcimento del danno²⁵⁹.

Nell'ambito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, l'assenza di una disposizione analoga a quella civilistica, volta a operare una specifica distinzione tra dolo determinante e dolo incidente non sembra, infatti, precludere in principio l'applicabilità della disciplina del dolo, purché ne sia accertata in concreto la sussistenza dei relativi presupposti.

Invero, opportunamente si rileva che la trasmissione di notizie false in relazione al contenuto o alle modalità divulgative o espositive dell'informazione costituisce un'attività illecita suscumbibile nella categoria civilistica del dolo, indipendentemente dallo specifico inquadramento nell'ambito dello schema tipico del dolo determinante o del dolo incidente²⁶⁰.

Con riferimento alla condotta del professionista che occulti, presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo informazioni rilevanti o non indichi l'intento commerciale della pratica, laddove siffatti elementi non siano resi palesi dal contesto, si è sostenuta la possibilità di ricondurre analogicamente la pratica ingannevole integrata dal comportamento omissivo del professionista alla cd. *reticenza*, ossia alla categoria del "*dolo*

²⁵⁸ Art. 1440 c.c.: "Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni".

²⁵⁹ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 698.

²⁶⁰ *Ibid.*; R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, cit., pp. 211 e ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 782; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 107.

*omissivo viziante il consenso del creditore della prestazione informativa*²⁶¹. In ogni caso, si dovrà procedere ad accertare concretamente in che termini la pratica commerciale abbia esercitato una efficacia ingannevole sulla scelta economica del consumatore che abbia agito negozialmente sotto l'influenza indebita della pratica medesima²⁶².

Alla stregua dell'orientamento dottrinale già richiamato, le pratiche commerciali aggressive, dal canto loro, sembrerebbero evocare la categoria civilistica della violenza, la quale, come noto, può manifestarsi sia in forma di violenza fisica (*vis absoluta*), sia in forma di violenza psichica o morale (*vis compulsiva*). Nel primo caso la volontà del soggetto vittima di violenza, in quanto estorta per il tramite di un comportamento fisicamente violento (ad esempio, una pistola puntata alla testa), può dirsi addirittura inesistente, così che il negozio giuridico conseguentemente posto in essere dovrà ritenersi nullo; la *vis compulsiva* si concreta, invece, in una costrizione psicologica esercitata attraverso la minaccia di un male ingiusto, rivolta ad un determinato soggetto al fine di estorcerne il consenso alla stipulazione di un contratto o alla realizzazione di un diverso negozio giuridico. In questo ultimo caso, dunque, si realizza la classica alternativa della scelta del male minore, già *supra* prospettata in relazione agli effetti determinati sul consumatore da una pratica commerciale aggressiva integrata da un comportamento coercitivo del professionista: il soggetto vittima di violenza, in tale ipotesi, è posto dinanzi all'ardua scelta tra il subire il male minacciato oppure l'assecondare la propria volontà (viziata) alla pretesa dell'autore della minaccia²⁶³.

Anche con riferimento alle pratiche aggressive, appaiono pertanto di tutta evidenza le assonanze tra la disciplina civilistica della violenza, intesa come coazione fisica o psicologica, e la disciplina di fonte comunitaria. In particolare, per quanto concerne la violenza psichica quale causa di annullamento del contratto ai sensi degli articoli 1434 e seguenti del Codice Civile, prescindendo in questa sede da un più approfondito esame dei presupposti che il

²⁶¹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, cit., p. 241.

²⁶² *Ivi*, pp. 240 e ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 241; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.

²⁶³ L. LA ROCCA, *Commento sub art. 24*, cit., pp. 228 e ss.

Codice Civile esige ai fini dell'annullamento del contratto medesimo, un richiamo analogico alla violenza civilista sembrerebbe potrebbe ravvisarsi *prima facie* nella sussistenza, nell'ambito della fattispecie *de qua*, di un comportamento del professionista suscettibile di viziare la scelta economica del consumatore, incidendo indebitamente sul procedimento di formazione della sua volontà negoziale attraverso l'esercizio di pressioni che agiscono sul piano dei sentimenti, delle paure, delle suggestioni, delle debolezze emotive²⁶⁴.

Autorevole dottrina ha dunque riconosciuto alla disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli, sia di natura commissiva che di natura omissiva, e alla disciplina sulle pratiche commerciali aggressive, in forza del coordinamento con l'esemplificazione delle pratiche commerciali ritenute "in ogni caso" scorrette, il merito di aver operato una pratica semplificazione del giudizio di rilevanza dell'ingannevolezza o dell'aggressività: nel contesto dei rapporti tra professionista e consumatore, il riscontro delle circostanze attinenti al mendacio o alla condotta molesta, coercitiva o indebitamente condizionante, ovvero la verifica dell'omissione dei contenuti informativi o della intervenuta attuazione di uno dei comportamenti omissivi specificamente individuati dal legislatore, risulterebbero sufficienti ai fini del giudizio di rilevanza del dolo o della violenza, agevolando il consumatore nell'onere della prova. Anche in tale prospettiva, nondimeno, rimane ferma la necessità di operare un accertamento in concreto sulla capacità effettiva del comportamento doloso o violento assunto dal professionista rispetto all'alterazione della scelta negoziale eventualmente compiuta dal consumatore vittima dell'influenza della pratica scorretta; la valutazione così condotta dovrà, in ogni caso, essere parametrata alla percezione di *quel* determinato consumatore che risulti parte in causa del giudizio civilistico²⁶⁵.

²⁶⁴ A. COSTA, *op. cit.*, p. 251.

²⁶⁵ M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 240 e ss.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.

2.3 - La disciplina delle pratiche commerciali sleali: aspetti procedurali. La repressione delle pratiche commerciali scorrette e il “doppio binario di tutele”

La qualificazione di una fattispecie quale pratica commerciale scorretta risulta di fondamentale rilievo ai fini della individuazione della disciplina applicabile in materia di *enforcement* e dei conseguenti strumenti di controllo e repressione attuabili. In giurisprudenza si è infatti avuto modo di precisare che nell’ambito dei rapporti tra professionista e consumatore, mentre un singolo inadempimento o un inesatto adempimento ad obbligazioni contrattuali è reprimibile esclusivamente in via negoziale, laddove ci si trovi dinanzi ad un *“preordinato e seriale venir meno agli obblighi negoziali contratti”* ovvero, nella fase prodromica alla stipulazione di un contratto *“si prometta una prestazione che si sa essere impossibile da fornire”*, determinando un siffatto comportamento il pericolo di uno sviamento della scelta commerciale del consumatore, viene ad essere integrata una pratica commerciale scorretta, soggetta in principio alla specifica disciplina contemplata dal Codice del Consumo e agli strumenti di tutela di tipo inibitorio e sanzionatorio *ivi* previsti²⁶⁶.

A parere della giurisprudenza, la specifica tutela disposta dal Codice del Consumo opera in via integrativa, in quanto rimane in ogni caso impregiudicata l’applicabilità dei meccanismi di tutela di tipo negoziale, la cui individuazione nel caso concreto si rimette all’opera dell’interprete, con riferimento a quelle pratiche commerciali scorrette che di fatto determinino anche un inadempimento contrattuale o che vengano a incidere sul consenso del consumatore a concludere un contratto ovvero a concluderlo a determinate condizioni, esplicando effetti pregiudizievoli direttamente sul rapporto contrattuale instauratosi con il professionista.

Occorre rilevare che l’analiticità e la completezza con cui il legislatore comunitario ha definito gli aspetti di ordine sostanziale nell’ambito della disciplina delle pratiche commerciali

²⁶⁶ TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 7837 del 5 agosto 2013, in banca dati DeJure; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, in banca dati DeJure.

sleali non connotano in egual modo la regolamentazione dei profili procedurali e del sistema di tutela rimediabile predisposti nel testo comunitario.

Invero, l'articolo 11 della Direttiva 2005/29/CE rimette alla discrezionalità degli Stati membri la scelta in merito alla definizione degli strumenti volti a garantire l'osservanza delle disposizioni in tema di pratiche commerciali scorrette, nonché in relazione all'attribuzione delle competenze di *enforcement* e all'individuazione dei mezzi di tutela e repressione adeguati a fronte della violazione delle prescrizioni impartite in materia.

Il legislatore comunitario ha tuttavia suggerito al riguardo due possibili soluzioni praticabili, peraltro non in via alternativa²⁶⁷, negli ordinamenti giuridici interni, demandando ai legislatori nazionali la concreta determinazione in merito alle opzioni predisposte. In particolare, le soluzioni prospettate dalla fonte comunitaria consistono nella promozione di un'azione giudiziaria contro le pratiche commerciali sleali ovvero nella sottoposizione di tali pratiche al giudizio di un'autorità amministrativa, con facoltà di riconoscere all'autorità medesima la possibilità di operare il giudizio in via diretta ed esclusiva o eventualmente di rimmetterlo a diversa sede, attraverso la proposizione di un'adeguata azione giudiziaria²⁶⁸.

Il legislatore italiano, coerentemente a quanto auspicato dalla Relazione di accompagnamento al Decreto Legislativo 2 Agosto 2007 n. 146, in sede di recepimento della direttiva comunitaria ha optato per la soluzione di devolvere tale competenza ad un'autorità amministrativa indipendente, segnatamente all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in acronimo AGCM, informalmente conosciuta anche come *Autorità Antitrust*), già competente in materia di pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa illecita secondo il

²⁶⁷ Come si desume agevolmente dall'utilizzo della duplice congiunzione "e/o" di cui al paragrafo 1 dell'articolo 11 della Direttiva 2005/29/CE.

²⁶⁸ Art. 11, c. 1, Direttiva 2005/29/CE: "*Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria (...)*".

Codice del Consumo *ante novella*²⁶⁹. L'articolo 8 del Decreto Legislativo 2 Agosto 2007 n. 145 ha inoltre confermato la competenza dell'AGCM ad intervenire, con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori, nell'ambito dei rapporti *Business to Business* in materia di pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa²⁷⁰.

L'articolo 27 del Codice del Consumo concentra quindi in capo ad un unico organismo di natura amministrativa, già istituzionalmente preposto alla salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato, il potere di adottare in via generale tutti i provvedimenti e gli strumenti adeguati alla repressione delle pratiche commerciali scorrette, in quanto idonee a determinare distorsioni del mercato (cd. *public enforcement*)²⁷¹.

In particolare, la disposizione in commento individua le attribuzioni demandate all'AGCM²⁷², che si concretano nel potere di vietare la diffusione di una pratica commerciale scorretta non ancora posta in essere sul mercato²⁷³ ovvero nel potere di inibire la continuazione di una pratica già adottata e di disporre l'eliminazione degli effetti che la medesima abbia prodotto; a tal fine, l'AGCM può avvalersi di poteri istruttori, investigativi ed esecutivi²⁷⁴.

²⁶⁹ Si osserva in proposito che la devoluzione delle competenze di *enforcement* all'AGCM rappresenta una conferma ulteriore circa la valutazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette quale evoluzione della previgente disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa, risultando del resto coerente con la scelta di inserire le norme in materia all'interno del Titolo III del Codice del Consumo. Già nella Relazione di accompagnamento tale impostazione veniva ritenuta una soluzione preferibile rispetto al differente collocamento a seguire dell'art. 39 dello stesso codice, in quanto tale diversa sistemazione “*avrebbe potuto far ipotizzare un riferimento troppo accentuato al rapporto contrattuale, mentre la disciplina in questione attiene anche alle comunicazioni che precedono il contratto vero e proprio*”. Sul punto si veda: A. MANCINI, *op. cit.*, pp. 276-277.

²⁷⁰ Art. 8, D. Lgs. 145/2007.

²⁷¹ A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, p. 385.

²⁷² Si deve preliminarmente rilevare che in tale sede si procederà ad una esposizione sintetica in ordine alle attribuzioni demandate all'AGCM, prescindendo da una più analitica valutazione in ordine ai poteri riconosciuti all'Autorità Garante e da una più approfondita analisi in merito al procedimento alla stessa demandato. Tali profili, infatti, esulano dalle esigenze e dagli obiettivi che siffatta trattazione si propone. Per una più analitica disamina dell'argomento, si vedano: E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2008, pp. 271-279; F. GIRINELLI, *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediabile del public and private enforcement* in *Jus Civile*, 6, Torino 2016; S. PERUGINI, *Articolo 27, commi 7-12 – Tutela amministrativa e giurisdizionale* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino 2009, pp. 208-209; S. STELLA, *Commento sub art. 27* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano 2019, pp. 267-306; A. CIATTI, *Commento sub art. 27* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, pp. 226-239; A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., pp. 383-405; A. MANCINI, *op. cit.*, pp. 276-283.

²⁷³ Art. 27, c. 8, D. Lgs. 206/2005.

²⁷⁴ Art. 27, c. 2, D. Lgs. 206/2005.

All'Autorità è inoltre attribuita la facoltà di disporre in via cautelare la sospensione della pratica commerciale²⁷⁵, avuto riguardo alla sussistenza degli ordinari presupposti del *fumus boni iuris* (da ritenersi integrato ove vi sia una preliminare delibazione sommaria di scorrettezza della pratica) e del *periculum in mora* (ossia in presenza di peculiari situazioni di urgenza in relazione alla possibilità che la pratica scorretta determini un danno grave e irreparabile)²⁷⁶.

Notevole rilievo, nel quadro complessivo degli strumenti di repressione e controllo demandati al *public enforcement*, assume poi il riconoscimento in capo all'Autorità, purché non si tratti di casi di manifesta scorrettezza e gravità, del potere di ottenere dal professionista responsabile una dichiarazione di assunzione dell'impegno di porre termine all'infrazione, impegnandosi a cessare la diffusione sul mercato della pratica adottata ovvero a modificarla al fine di eliminarne gli effetti illegittimi già prodotti²⁷⁷.

Infine, va rammentato il potere dell'AGCM di irrogare sanzioni pecuniarie, parametrate alla durata e alla gravità della violazione commessa attraverso l'adozione di una pratica commerciale di cui sia stata accertata la scorrettezza, ovvero nell'ipotesi di inottemperanza ai provvedimenti disposti, anche in via cautelare, dall'Autorità medesima²⁷⁸.

La legittimazione a ricorrere dinanzi all'AGCM per l'accertamento in merito alla scorrettezza della pratica commerciale è riconosciuta ad “ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse”; il legislatore italiano, tuttavia, ha anche contemplato la possibilità di un'iniziativa ufficiosa rimessa allo stesso AGCM²⁷⁹.

È peraltro fatta espressamente salva la tutela in via giurisdizionale, con effetti di natura civilistica, sebbene limitata all'ambito degli atti di concorrenza sleale, nonché in relazione agli

²⁷⁵ Art. 27, c. 3, D. Lgs. 206/2005.

²⁷⁶ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 280.

²⁷⁷ Art. 27, c. 7, D. Lgs. 206/2005.

²⁷⁸ Art. 27, c. 4, 9, 12, D. Lgs. 206/2005.

²⁷⁹ In merito al riconoscimento di un potere di auto-iniziativa dell'AGCM sono state formulate in dottrina alcune osservazioni critiche, fondate ora sull'assenza di un'analogia disposizione nel testo comunitario che, in principio, contrasterebbe con l'obiettivo di armonizzazione massima posto dalla direttiva, ora prospettandosi la possibilità che un siffatto potere ufficioso possa venire a compromettere la neutralità e l'imparzialità dell'autorità amministrativa, che è requisito richiesto dalla stessa Direttiva 2005/29/CE all'articolo 11, paragrafo 3 (cfr. A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 388).

atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore e dei marchi d'impresa, delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e degli altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti²⁸⁰. Il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, contemplato espressamente dall'articolo 27 del Codice del Consumo, riveste dunque un ruolo di carattere residuale, che trova peraltro giustificazione nella natura sovra-individuale degli interessi tutelati in via diretta dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Si è infatti osservato che nella materia delle pratiche commerciali scorrette risulterebbe poco efficace una tutela praticata per il tramite di un procedimento giurisdizionale, essendo siffatto procedimento fisiologicamente strutturato secondo l'esigenza di presidiare posizioni giuridiche vantate dal singolo soggetto concretamente leso e non essendo invece predisposto alla tutela di un interesse di ordine generale, quale quello che in tale ambito viene in rilievo²⁸¹.

La funzione di tutela del consumatore a fronte di pratiche commerciali scorrette, per come è stata delineata nell'ordinamento comunitario e recepita dal legislatore nazionale, non viene quindi ad assumere una rilevanza immediata e diretta, ma risulta pur sempre connessa alle già ribadite esigenze di tutela della concorrenza, posto che, come si è abbondantemente evidenziato, tutti quei comportamenti del professionista integranti una pratica commerciale scorretta, e quindi potenzialmente determinanti del consenso del consumatore, oltre a recare un pregiudizio immediato a quest'ultimo poiché indebitamente incidenti sulla sua libertà di scelta, alterano il funzionamento del mercato stesso²⁸².

Le differenti esigenze di tutela, del singolo consumatore per un verso, e del mercato interno per altro verso, risultano peraltro strettamente connesse, in quanto *“la funzione di utilità sociale perseguita attraverso la tutela della concorrenza viene del resto ricondotta alla massimizzazione del benessere del consumatore”*²⁸³.

²⁸⁰ Art. 27, c. 15, D. Lgs. 206/2005.

²⁸¹ A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 386.

²⁸² E. FRENI, *op. cit.*, p. 278.

²⁸³ *Ibid.*

Ciononostante, proprio in virtù del riconoscimento della qualità del consumatore quale soggetto agente e motore del mercato, si impone in maniera incisiva una tutela più stringente a protezione della libertà di autodeterminazione dell'utente, che prescindendo da mere ragioni di salvaguardia della concorrenza e del mercato. Il riferimento è all'esigenza di presidiare la libertà di scelta commerciale e negoziale del consumatore, a fronte del pericolo che la stessa risulti abusivamente incisa da una condotta sleale del professionista idonea a determinare un'influenza indebita sulla volontà del consumatore stesso, esplicando effetti pregiudizievoli che investano direttamente la sfera patrimoniale e negoziale del consumatore. Del resto, lo stesso legislatore comunitario, con formula pedissequamente riproposta dal legislatore italiano e trasposta nel Codice del Consumo²⁸⁴, all'articolo 3 della Direttiva 2005/29/CE statuisce che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette *“non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”*²⁸⁵.

La panoramica normativa nazionale in materia risulta pertanto variamente articolata.

In primo luogo, si assegna una competenza generale all'AGCM, demandando all'autorità amministrativa compiti di repressione delle pratiche commerciali scorrette.

Al sistema di *“enforcement pubblicistico”* si affianca un sistema di *“private enforcement”* extracontrattuale e contrattuale, demandato all'autorità giudiziaria ordinaria.

A completamento della cornice normativa così definita, si pone inoltre la possibilità di esperire le azioni di classe per la tutela degli interessi collettivi di cui agli articoli 139, 140 e 140-bis del Codice del Consumo, ai sensi dei quali la legittimazione attiva ad agire in giudizio è attribuita alle associazioni di consumatori e utenti, nonché, in ultima analisi, deve darsi evidenza della possibilità di perseguire in sede penale quelle pratiche commerciali scorrette che integrino finanche gli estremi di una fattispecie di reato²⁸⁶.

²⁸⁴ Art. 19, c. 2, D. Lgs. 206/2005: *“Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto (...)”*.

²⁸⁵ Art. 3, c. 2, Direttiva 2005/29/CE.

²⁸⁶ A. MANCINI, *op. cit.*, p. 278.

In questo modo si è inteso delineare quello che da più interpreti è stato definito il “doppio binario di tutele”²⁸⁷, espressione utilizzata con riferimento alla costruzione di un doppio livello, amministrativo e civilistico, di tutela del consumatore rispetto alle pratiche commerciali scorrette. Restando inteso che tra il *public* e il *private enforcement* nella costruzione del doppio binario, permane un rapporto di complementarità e di integrazione reciproca, posto che “l’esistenza di un doppio livello di tutele – collettiva e individuale – contro le pratiche commerciali scorrette non comporta che le rispettive discipline costituiscano monadi reciprocamente impermeabili”²⁸⁸.

Il primo binario, di tipo pubblicistico, viene contemplato a protezione degli interessi collettivi dei consumatori, poiché dichiaratamente rivolto a “contribuire al corretto funzionamento del mercato interno”²⁸⁹ attraverso la repressione delle pratiche commerciali sleali “che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi”²⁹⁰. L’obiettivo prefigurato, in tal caso, non concerne la tutela del singolo consumatore isolatamente considerato, in quanto vittima di una condotta sleale posta in essere nei suoi confronti dal professionista²⁹¹.

L’*enforcement pubblicistico* previsto espressamente nell’ambito della disciplina consumeristica, punendo quelle pratiche idonee a incidere indebitamente sulla scelta di un ipotetico e astratto consumatore medio, evidentemente si propone una finalità differente dalla tutela del singolo consumatore, poiché è volto piuttosto a presidiare l’interesse generale alla

²⁸⁷ In proposito si vedano, *ex multis*: C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 782-783; R. CALVO, *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, cit., pp. 238 e ss.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.; F. GIRINELLI, *op. cit.*; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 408 e ss.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., pp. 306 e ss.; V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 135.

²⁸⁸ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783.

²⁸⁹ Art. 1, Direttiva 2005/29/CE.

²⁹⁰ Considerando 6, Direttiva 2005/29/CE.

²⁹¹ C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 782-783.

correttezza commerciale e al funzionamento del mercato, affinché al suo interno sia garantita la libera concorrenza tra gli operatori economici²⁹².

Il secondo binario attiene, invece, alle tutele disposte dal diritto comune e si innesta su una dimensione prettamente individuale, incentrandosi sul singolo rapporto contrattuale instaurato tra il consumatore e il professionista²⁹³. Tale livello di tutela risulta parallelamente preordinato all'adozione di un provvedimento giudiziale volto a tutelare il consumatore concretamente leso nella sua situazione giuridica soggettiva, per effetto di un comportamento distorsivo della sua volontà negoziale; il binario civilistico è pertanto orientato all'adozione di una pronuncia di invalidità del contratto che sia stato concluso a seguito o per effetto di una pratica commerciale ingannevole o aggressiva²⁹⁴.

Tuttavia, occorre dare atto che né la direttiva comunitaria, né il Codice del Consumo hanno individuato specifici rimedi di tutela individual-privatistica a fronte dell'adozione di pratiche commerciali scorrette. Infatti, come *supra* evidenziato, il legislatore italiano si è limitato a riproporre fedelmente la formula già adottata dal legislatore comunitario al fine di statuire che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette non avrebbe pregiudicato l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, rimanendo invece silente in merito agli effetti e alle specifiche ricadute che l'accertamento di scorrettezza della pratica commerciale avrebbe comportato rispetto alle sorti del contratto concluso tra professionista e consumatore, pur avendo quest'ultimo subito l'influenza di una pratica scorretta.

Si è osservato che la formulazione della disposizione comunitaria avrebbe inteso lasciare ai legislatori nazionali la facoltà di adeguare il diritto interno in materia contrattuale alle specificità delle situazioni contemplate dalla normativa comunitaria, essendo quindi rimessa ai singoli Stati membri, in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, la facoltà

²⁹² A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 691.

²⁹³ C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 782-783.

²⁹⁴ C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 314; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 691.

di procedere a modificare il diritto previgente, coordinandolo o completandolo attraverso la predisposizione di nuovi margini di tutela del consumatore, eventualmente contemplando nuove ipotesi di nullità di protezione, di annullabilità del contratto, di risarcimento del danno cagionato per effetto di trattative contrattuali improntate alla scorrettezza, ovvero prevedendo nuove fattispecie di risoluzione per inadempimento del professionista agli obblighi di informazione sullo stesso incombenti²⁹⁵.

Il legislatore italiano, tuttavia, non ha sfruttato i margini di discrezionalità che la direttiva comunitaria, pur perseguendo un obiettivo di armonizzazione massima, ha riconosciuto ai singoli legislatori degli Stati membri.

Si è pertanto ipotizzato che il silenzio serbato dal legislatore nazionale avesse voluto far intendere la scelta di individuare le tutele di carattere privatistico da approntare a presidio del singolo consumatore facendo riferimento alle tradizionali categorie del Codice Civile, in particolare avendo riguardo ai rimedi di carattere risarcitorio e/o invalidatorio²⁹⁶.

Tuttavia, come si avrà modo di mettere in risalto nel prosieguo della trattazione²⁹⁷, l'applicazione dei consueti strumenti civilistici non può intervenire in via automatica, *in primis* poiché si rende necessario un accertamento concreto in merito alla sussistenza dei presupposti che il Codice Civile esige ai fini dell'applicabilità dei rimedi, sia risarcitori che invalidatori, *in secundis* poiché occorre verificare l'effettiva presenza di una lesione attuale che legittimi il consumatore, singolarmente considerato, ad agire in via giurisdizionale²⁹⁸.

La lacuna legislativa ha quindi inevitabilmente comportato la necessità di demandare al giurista il compito di verificare come l'interpretazione della normativa comunitaria possa riflettersi sull'interpretazione degli istituti privatistici in materia contrattuale, dovendo a tal fine compiere uno sforzo ermeneutico di ricostruzione sistematica delle categorie civilistiche, allo

²⁹⁵ V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁶ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 693.

²⁹⁷ Vedi *infra*, capitolo 3.4.

²⁹⁸ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 694.

scopo di rapportarle alle situazioni specificamente contemplate dalla normativa consumeristica²⁹⁹. Si è osservato, infatti, che *“a fronte della disciplina introdotta dalla novella, compito primario del giurista – sia teorico che pratico – è proprio quello di verificare se ed in che misura detta disciplina sia destinata a riflettersi sull’interpretazione ed applicazione di quel diritto comune in materia contrattuale, che pure essa fa espressamente salvo”*³⁰⁰.

A questo proposito, nel prossimo capitolo si darà evidenza del dibattito emerso in dottrina, già in sede di interpretazione della direttiva comunitaria, in tema di rapporti tra la regolazione del mercato e la sorte dei contratti conclusi a valle di una pratica commerciale scorretta, nonché in merito all’individuazione degli specifici rimedi civilistici attuabili a tutela del consumatore, la cui volontà negoziale sia stata indebitamente influenzata per effetto della pratica commerciale aggressiva o ingannevole posta in essere dal professionista.

²⁹⁹ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 693; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.

³⁰⁰ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783.

CAPITOLO III:

LA TUTELA INDIVIDUAL-PRIVATISTICA DEL CONSUMATORE E I RIMEDI INVALIDATORI DEL CONTRATTO “A VALLE” DI UNA PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA: ELABORAZIONE DOTTRINALE E PROSPETTIVE COMPARATISTICHE

SOMMARIO: 3.1 Il “silenzio legislativo” in ordine ai rimedi civilistici a tutela del consumatore: articolo 19 comma 2 lettera a) del Codice del Consumo - 3.2 Le forme di tutela individual-privatistica nell’analisi comparatistica delle soluzioni adottate dagli Stati membri - 3.3 I rapporti tra contratto e regolazione del mercato: verso una nuova concezione dello strumento contrattuale nel sistema di mercato - 3.4 La relazione tra accertamento della “scorrettezza” e validità del contratto “a valle”: l’impraticabilità di un meccanismo di automatica incidenza - 3.5 L’elaborazione dottrinale in ordine agli strumenti di tutela civilistici fruibili dal consumatore e il problema della validità del contratto - 3.5.1 I rimedi invalidatori: la nullità del contratto - 3.5.2 I rimedi invalidatori: l’annullabilità del contratto - 3.5.2.1 I vizi del consenso: vizi incompleti del contratto. La tutela risarcitoria.

3.1 - Il “silenzio legislativo” in ordine ai rimedi civilistici a tutela del consumatore: articolo 19 comma 2 lettera a) del Codice del Consumo

Nell’analisi che precede si è avuto modo di osservare come il sistema delineato dalla direttiva e successivamente recepito dal legislatore italiano, in stretta adesione alla tesi che in materia di pratiche commerciali scorrette configura la vigenza di un “doppio binario”, risultati strutturato secondo un duplice livello di tutele, le une disposte dalla normativa di stampo pubblicistico a presidio degli interessi collettivi ed economici dei consumatori e, quindi, direttamente preordinate a garantire l’efficienza e il buon funzionamento del mercato interno, le altre, di matrice civilistica, inquadrabili in un’ottica individual-privatistica poiché incentrate sul singolo rapporto contrattuale instaurato tra il professionista e il consumatore “a valle” di una pratica commerciale scorretta³⁰¹. Del resto, la previsione di un impianto sistematico conformato a un doppio binario di tutele, in rapporto di reciproca complementarietà, trova fondamento nella necessaria considerazione per cui “*i presupposti della tutela consumeristica*

³⁰¹ Più analiticamente, si veda *supra*: capitolo 2.3.

delle pratiche commerciali sleali divergono da quelli della tutela di diritto patrimoniale comune”³⁰², inevitabilmente comportando l’insorgenza di problematiche di coordinamento e di individuazione delle aree di relativa competenza.

Nondimeno, il carattere pubblicistico della normativa in esame, sebbene imperniata sulla figura del consumatore medio, inteso quale modello astratto di operatore economico auspicabilmente razionale e, pur concependone la tutela in rapporto di strumentalità rispetto alla più ampia regolamentazione dell’attività del professionista, non esclude in principio la necessità di valutare anche sul piano contrattuale l’incidenza che la pratica commerciale del professionista, illecita poiché attuata in violazione del divieto generale di cui all’articolo 20 del Codice del Consumo, espliciti sugli atti conseguentemente posti in essere dal consumatore³⁰³.

Un primo argomento in tal senso si desume dalla definizione di “*decisione di natura commerciale*”³⁰⁴ assunta dal consumatore e sulla quale agisce o è idonea ad agire con portata indebitamente condizionante la condotta ingannevole o aggressiva del professionista³⁰⁵. Infatti, la vasta nozione di decisione di natura commerciale, in quanto volta a ricomprendere l’attività di consumo nel suo complesso ed essendo pertanto riferibile a qualsivoglia scelta del consumatore attinente all’*an* o al *quomodo* del contratto, ovvero all’esercizio delle situazioni giuridiche nascenti dal rapporto contrattuale³⁰⁶, consente di rilevare che l’obiettivo precipuo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non si risolve nella realizzazione di una

³⁰² R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva* in *Resp. civ. prev.*, Milano 2008, f. 2, Vol. 73, p. 491, il quale prosegue osservando come “*Il dovere specifico per il professionista di far corrispondere il contenuto della informazione e le modalità di presentazione di quest’ultimo ai caratteri positivi espressamente fissati dal legislatore comunitario sussiste quand’anche la carenza di uno dei requisiti richiesti sia solo potenzialmente idonea a provocare un pregiudizio alla libertà di autodeterminazione del consumatore*”.

³⁰³ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 693.

³⁰⁴ Art. 18, c. 1, lett. m: “*decisione di natura commerciale*”: “*la decisione presa da un consumatore relativa al 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*”.

³⁰⁵ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 693.

³⁰⁶ M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera m) – Definizioni*, cit., pp. 97 e ss.

finalità di salvaguardia del consumatore inteso esclusivamente quale *homo oeconomicus*³⁰⁷, ma si sostanzia nella tutela della libertà di scelta del consumatore interpretabile nel suo significato più ampio, indipendentemente dalla concreta verifica di un pregiudizio economico³⁰⁸, ovverosia come “*libertà della persona a svolgere autonomamente attività patrimoniali che, tuttavia, possono far riferimento o possono realizzare anche interessi non patrimoniali*”³⁰⁹.

Occorre inoltre considerare che la stipulazione di un contratto tra il consumatore e il professionista, seppure non rappresentandone un effetto obbligato, configura una conseguenza che potrebbe definirsi finanche tipica e “fisiologica”³¹⁰ dell’agire del consumatore sul quale abbia abusivamente inciso una pratica commerciale scorretta, influenzandone indebitamente la libertà di scelta commerciale e contrattuale e rivelandosi potenzialmente idonea a esplicare effetti pregiudizievoli che investano direttamente la sua sfera patrimoniale e negoziale.

Sulla base di tale assunto, si comprende agevolmente come nell’ambito delle contrattazioni di consumo si sia imposta in maniera stringente la necessità di integrare la tutela pubblicistica predisposta dalla fonte comunitaria e dalla normativa italiana di recepimento con una successiva tutela di tipo contrattuale a presidio della libertà di autodeterminazione del singolo consumatore, il quale, dismesse le vesti di “modello astratto” rilevante nell’ambito macro-economico e assunto invece il ruolo di soggetto contraente egualmente capace di incidere sulle dinamiche micro-economiche, risulti concretamente leso in un suo interesse meritevole di protezione a causa dell’adozione della pratica commerciale scorretta³¹¹.

Del resto, nella prospettiva del principio di unitarietà dell’ordinamento giuridico, sarebbe irrazionale sostenere una completa irrilevanza o alienità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette rispetto alla normativa di diritto comune in materia contrattuale³¹²,

³⁰⁷ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, cit., p. 955.

³⁰⁸ M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera m) – Definizioni*, cit., pp. 98-99.

³⁰⁹ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 14.

³¹⁰ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 693.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto* in *Riv. crit. dir. priv.*, f. 2/3, v. 19, Bologna 2001, p. 227.

essendosi ormai in tale ottica chiarito come “*l’insieme delle regole e dei principi originati dal diritto comunitario a tutela del consumatore non possano non riflettersi sulla tutela dettata dal codice civile in tema di contratti, introducendo nel sistema complessivamente considerato una maggiore e più adeguata protezione degli interessi emergenti*”³¹³.

Ciononostante, né la direttiva né il novellato Titolo III del Codice del Consumo dispongono espressamente in merito agli effetti giuridici di diritto privato conseguenti alla violazione del divieto di porre in essere una pratica commerciale scorretta.

La particolare attenzione con cui il legislatore comunitario ha delineato le singole fattispecie tipiche di pratiche commerciali scorrette e ne ha definito compiutamente la regolamentazione sotto il profilo di ordine sostanziale, dunque, non si riscontra anche sul piano della determinazione legislativa dei rimedi di tutela privatistica e individuale³¹⁴. La direttiva si è infatti limitata a disporre delle indicazioni di carattere generale dirette agli Stati membri, quali l’obbligo di assicurare, nell’interesse dei consumatori, l’esistenza di mezzi adeguati ed efficaci nella repressione delle pratiche commerciali sleali e nell’osservanza della normativa, a tal fine prospettando due opzioni praticabili, per giunta in via non alternativa, consistenti nella tutela giudiziaria e nella tutela amministrativa³¹⁵. Il legislatore comunitario ha inoltre imposto ai Paesi UE l’obbligo di definire e garantire l’applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, da irrogare nell’ipotesi di violazione delle disposizioni della direttiva medesima³¹⁶.

Peraltro, la scelta del legislatore di non contemplare espressamente un rimedio di carattere privatistico, definendo il regime di validità ed efficacia del contratto concluso tra il professionista e il consumatore la cui volontà negoziale sia stata influenzata da una pratica commerciale scorretta, appare del tutto singolare ove raffrontata alla tradizione del diritto

³¹³ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 168.

³¹⁴ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1274 e ss.

³¹⁵ Art. 11, Direttiva 2005/29/CE.

³¹⁶ Art. 13, Direttiva 2005/29/CE.

privato europeo, nel cui ambito è invece possibile ravvisare una tendenza volta a prediligere, rispetto alla costruzione dogmatica delle fattispecie, la centrale individuazione del rimedio³¹⁷.

Sotto il medesimo profilo, anche il legislatore italiano ha mantenuto un “*assordante silenzio*”³¹⁸ in merito alla definizione dei rimedi civilistici accessibili al consumatore inciso dalla pratica commerciale scorretta. A parziale giustificazione di tale silenzio, si è detto di una ulteriore manifestazione della volontà del legislatore nazionale, il quale, limitandosi a coordinare espressamente i soli strumenti consistenti nella vigilanza amministrativa rimessa all’AGCM, il sistema di autodisciplina già vigente in tema di controllo sulla pubblicità ingannevole e, da ultimo, la tutela risarcitoria collettiva dei consumatori *ex* articolo 140 *bis* del Codice del Consumo, ha mostrato di concentrare la propria attenzione alla mera realizzazione delle finalità di tutela del mercato nella sua interezza, degli interessi collettivi dei consumatori globalmente considerati nonché, indirettamente, dei concorrenti che su detto mercato operano³¹⁹.

In questo senso, la tutela individuale del singolo consumatore appare ancora definita come un elemento soltanto “*incidentale*” rispetto alla più ampia tutela del mercato³²⁰.

Ciononostante, sul presupposto per cui la disciplina in esame interessi di fatto un duplice profilo, per un verso, quello concorrenziale e del mercato, per altro verso, quello della tutela del consumatore - quest’ultimo inteso non solo quale soggetto regolatore del mercato sul quale

³¹⁷ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1274 e ss.

Si pensi ad esempio alla disciplina delle clausole vessatorie inserite nell’ambito dei contratti conclusi tra professionista e consumatore: il legislatore attribuisce ampia rilevanza al rimedio della nullità (“nullità di protezione” *ex* art. 36 del Codice del Consumo), limitandosi invece a definire in termini generali il carattere di vessatorietà della clausola (“*si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”, ai sensi dell’art. 33 Cod. Cons.), a definirne i criteri per l’accertamento (art. 34 Cod. Cons.) e a esemplificare ipotesi di clausole che *si presumono* vessatorie *iuris tantum* (art. 33 Cod. Cons.) o *iuris et de iure* (art. 36 Cod. Cons.).

³¹⁸ G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino 2008, p. 90; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 778, il quale definisce “*clamoroso*” il silenzio serbato dalla disciplina di recepimento “*in ordine ai rimedi accessibili al singolo consumatore concretamente inciso da una pratica commerciale scorretta (ad es., per essersi determinato alla stipula di un particolare contratto con il professionista proprio a causa e per effetto di detta ‘pratica’)*”.

³¹⁹ C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 777-778; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 166 e ss.

³²⁰ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1274, nota 147.

è in grado di incidere attraverso le proprie scelte economiche, ma anche in quanto soggetto economicamente e contrattualmente più debole e, quindi, meritevole di protezione giuridica - è apparso evidente che, al fine di rendere effettivo ed efficace il generale divieto di pratiche commerciali scorrette, pur nel silenzio del legislatore, occorresse affiancare alla tutela pubblicistica quella privatistica, con l'individuazione dello strumento più adatto a soddisfare gli interessi individuali del consumatore³²¹. Esigenza peraltro rafforzata dalla consapevolezza che *“il private enforcement derivante dall'azione individuale dei singoli interessati, renderebbe più incisivo, costante e capillare l'effetto del public enforcement previsto dalla direttiva”*³²².

Il dato normativo che viene in rilievo nel sistema italiano è rappresentato dal secondo comma dell'articolo 19 del Codice del Consumo³²³, al quale è demandata la definizione dell'ambito di applicazione della disciplina in commento e, in particolare, l'indicazione dei settori normativi che non risultino “pregiudicati” dall'entrata in vigore delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette. Nello specifico, la norma si limita a riproporre pressoché pedissequamente la formula contemplata al secondo comma dell'articolo 3 della Direttiva 2005/29/CE³²⁴, nella misura in cui statuisce espressamente che il novellato titolo *“non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto”*³²⁵.

L'ambiguità della espressione normativa ha destato tra gli interpreti non poche perplessità. Taluni commentatori hanno stigmatizzato *in toto* la scelta testuale del legislatore

³²¹ Ivi, p. 1281.

³²² A. GENTILI, *op. cit.*, p. 44, nota 22.

³²³ Art. 19, c. 2, D. Lgs. 206/2005: “2. Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto; b) l'applicazione delle disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti; c) l'applicazione delle disposizioni normative che determinano la competenza giurisdizionale; d) l'applicazione delle disposizioni normative relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale”.

³²⁴ Art. 3, c. 2, Direttiva 2005/29/CE: “2. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto.” Sullo stesso tema, si deve inoltre richiamare la prima parte del Considerando 9 della medesima direttiva, secondo il quale: “La presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale. Non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale (...)”

³²⁵ Art. 19, c. 2, lett. a, D. Lgs. 206/2005:

italiano³²⁶, talaltri vi hanno invece ravvisato un indice della volontà legislativa di introdurre nell'ordinamento giuridico un criterio di "non intrusione", allo scopo di circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina medesima, devolvendo la risoluzione della controversa tematica della sorte del negozio giuridico all'applicazione dei rimedi e degli istituti codicistici e, in specie, alle regole ordinariamente vigenti in materia contrattuale³²⁷.

Quanto all'ambiguità del dato normativo, utilizzando una formula di pregnante significato emblematico, si è finanche sostenuto di trovarsi dinanzi ad una sorta di "*excusatio non petita*"³²⁸ del legislatore nazionale, legata alla scelta di arginare la propria facoltà di azione ad un generico richiamo circa l'applicabilità dello statuto generale del contratto disposto dalla normativa interna, nonostante gli stringenti rapporti sussistenti tra la materia contrattuale e quella delle pratiche commerciali scorrette avrebbero più opportunamente richiesto un intervento esplicito del legislatore in sede di recepimento.

In relazione al contenuto dell'articolo 19 del Codice del Consumo, si è in primo luogo osservato che la norma definisce in termini di reciproca autonomia i rapporti tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e la disciplina generale del contratto, differenziandosi in relazione al relativo contenuto e tipico ambito di applicazione: la prima, in prospettiva dinamica, essendo riferibile a pratiche, quindi ad attività e comportamenti, la seconda, sotto un profilo puramente statico, avendo ad oggetto singoli atti di autonomia privata³²⁹.

Nondimeno, come efficacemente è stato sostenuto, la reciproca autonomia degli ambiti di applicazione non importa conseguentemente anche una reciproca impermeabilità dei settori

³²⁶ M. R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 480-481, secondo la quale "la formula "non pregiudica" (...) se ha un senso all'interno di una Direttiva caratterizzata dall'armonizzazione massima, non ne ha alcuno all'interno di una normativa nazionale di recepimento".

³²⁷ G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore in Contr. impr. Eur.*, Padova 2014, Vol. 1, p. 154.

³²⁸ E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007, pp. 75 e ss.

³²⁹ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 164 e ss.

I profili attinenti alla normativa delle pratiche commerciali scorrette come disciplina di tutela dell'attività e non dei singoli atti, sono stati analiticamente definiti *supra*, per cui si rinvia al capitolo 1.5 per le considerazioni di dettaglio sulla relativa tematica.

di riferimento: il legislatore, ritenendo espressamente salva, nel quadro della disciplina in commento, la normativa contrattuale, non ha inteso assoggettare il contratto concluso tra il professionista e il consumatore “a valle” di una pratica commerciale scorretta ad un regime normativo diverso da quello valevole per gli altri tipi contrattuali, ovverosia non ha inteso precludere l’applicabilità delle regole generali dettate dal Codice Civile in tema di formazione, esecuzione, interpretazione, efficacia e validità del contratto³³⁰. Segnatamente, non è stata neppure esclusa in principio la possibilità di rintracciare nei tradizionali rimedi civilistici disposti in materia contrattuale gli strumenti atti a risolvere le problematiche attinenti alla sorte del contratto che siano state generate dall’adozione di una pratica commerciale scorretta³³¹.

Diversamente, la formula in commento sembra piuttosto tendere a chiarire che le norme codicistiche contenenti la disciplina del contratto di diritto comune trovino applicazione anche al contratto stipulato tra il consumatore e il professionista, sebbene concluso quale conseguenza o sotto l’effetto indebitamente persuasivo della pratica commerciale scorretta.

Nondimeno, sotto questo profilo, l’applicazione e l’interpretazione della disciplina civilistica esige di tenere in debita considerazione anche il contenuto delle nuove disposizioni di cui al Titolo III del Codice del Consumo, le quali, sebbene idonee a produrre effetti condizionanti rispetto alla normativa privatistica, non sono in ogni caso suscettibili di importare in via diretta alcuna deroga o modificazione alle disposizioni del Codice Civile³³².

Alla luce di tali considerazioni, sembra pertanto doversi aderire all’interpretazione secondo la quale, già nel contesto della direttiva, l’espressione utilizzata (“*non pregiudica l’applicazione del diritto contrattuale*”³³³) non può essere definita quale indice della scelta del legislatore comunitario di escludere il dipanarsi di possibili ricadute sul piano contrattuale,

³³⁰ G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova 2013, pp. 138-140.

³³¹ *Ibid.*; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 164 e ss.; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova 2008, pp. 266 e ss.

³³² G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19*, cit., p. 138.

³³³ Art. 3, c. 2, Direttiva 2005/29/CE.

dovento invece la medesima formula essere interpretata nel senso di riconoscere che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette possa effettivamente “*incidere sul diritto dei contratti se e nei modi che i diversi ordinamenti sceglieranno espressamente o tacitamente attraverso il rinvio al sistema*”³³⁴.

È infatti principio consolidato e pacificamente ammesso in dottrina quello per cui, seppure suscitando non poche perplessità in relazione alla dichiarata natura di armonizzazione massima della direttiva a fronte del pericolo di una frammentazione delle discipline nazionali³³⁵, in sede comunitaria si è inteso lasciare ampia discrezionalità ai legislatori degli Stati membri circa la possibilità di introdurre modificazioni o di adottare disposizioni di coordinamento o di adeguamento del diritto interno, sotto il profilo della normativa contrattuale, rispetto alla disciplina di recente emanazione sulle pratiche commerciali sleali, a completamento del sistema di *enforcement* pubblicistico a tutela del consumatore³³⁶.

Differentemente dalla scelta operata in taluni ordinamenti degli Stati membri, ove talora in sede di recepimento sono stati contemplati espressamente possibili strumenti di tutela individual-privatistica del consumatore, anche disponendosi in merito alla sorte del contratto concluso “a valle” della pratica commerciale scorretta³³⁷, appare invece del tutto opinabile l’opposta decisione del legislatore italiano di non sfruttare dei margini di discrezionalità in tal senso riconosciuti dalla direttiva, rimanendo silente in merito alla sezione dei rimedi privatistici concretamente esperibili. D’altronde, tale ampia discrezionalità, coordinata all’ulteriore margine di manovra riconosciuto ai legislatori nazionali dal Considerando 9, a norma del quale “*la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale*”, sembra avvalorare la tesi secondo cui è rimessa all’arbitrio dei legislatori degli Stati membri anche la decisione di *non accordare* specifici rimedi di tutela diversi da quelli già previsti dal diritto comune dei contratti nei singoli

³³⁴ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 268.

³³⁵ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1274 e ss.

³³⁶ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., pp. 134 e ss.

³³⁷ Si veda *infra*, capitolo 3.2.

ordinamenti nazionali, pur rimanendo ferma la necessità di integrare la tutela pubblicistica di stampo amministrativo con un sistema di protezione che sia diretto a rimuovere gli effetti pregiudizievoli che si siano indebitamente prodotti sul consumatore³³⁸.

Potrebbe quindi giustificarsi in tal senso la decisione del legislatore italiano di non predisporre alcuna forma minima di tutela attraverso la chiara previsione normativa di “speciali” rimedi a tutela del singolo consumatore che abbia compiuto una scelta economica e negoziale sotto l’influenza di una pratica commerciale scorretta, fissandone in via diretta i presupposti di applicabilità e il relativo statuto³³⁹. Invero, non si riscontra nell’ordinamento italiano alcuna previsione legislativa, che pur sarebbe stata auspicabile, volta a prefigurare l’incidenza della pratica commerciale scorretta sulla conclusione del contratto quale nuova causa di nullità e, in specie, di “nullità di protezione”, in analogia a quanto invece disposto in materia di clausole vessatorie inserite nei contratti del consumatore³⁴⁰; neppure si sono normativamente prospettate al riguardo nuove ipotesi di annullabilità o rescindibilità³⁴¹, di risoluzione del contratto per inadempimento del professionista agli obblighi di informazione e di diligenza professionale³⁴² o, ancora, forme di intervento correttivo giudiziale, ovvero di rinegoziazione³⁴³ o di esecuzione del contratto in via conforme a quanto originariamente concordato tra le parti³⁴⁴; allo stesso modo, con riferimento alla fattispecie di cui si discorre,

³³⁸ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1280-1281.

³³⁹ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 778, il quale evidenzia la diversa scelta operata dal legislatore nazionale con il D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190 (*Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*), ove si è testualmente previsto il regime della nullità, statuendo all’art. 16 c. 4 che “Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore (...) viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche” e, al successivo comma, che “La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto (...). È fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni.”

³⁴⁰ Art. 36, D. Lgs. 206/2005.

³⁴¹ M. A. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo* in *Eur. Dir. Priv.*, f. 1, Milano 2014, p. 25, ravvisa limitati margini nel riconoscere al consumatore la possibilità di avvalersi del rimedio della rescissione, trattandosi di strumento atto a colpire una situazione di iniquità, dal momento che esso consentirebbe inoltre al consumatore di conservare il contratto esercitando un potere di riduzione ad equità.

³⁴² V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., p. 134.

³⁴³ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1281-1282.

³⁴⁴ F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale* in *Contr.*, 8-9, Milano 2012, pp. 745 e ss., secondo il quale: “L’obbligo di uniformare il regolamento negoziale ai dati trasmessi prima dello scambio dei consensi copre la quasi totalità delle operazioni poste in essere dal consumatore ed in ragione di ciò sembra assumere carattere sistematico legittimando l’enucleazione di un generale principio di vincolatività dell’informazione prenegoziale. In forza del suddetto principio il professionista

non si è chiaramente predisposta alcuna forma di tutela risarcitoria a riparazione del danno causato da trattative contrattuali improntate alla scorrettezza³⁴⁵ né la possibilità di scioglimento unilaterale del contratto attraverso l'esercizio di un atto di recesso *ad nutum* e senza oneri gravanti sul consumatore³⁴⁶.

A ben vedere, appare infatti particolarmente estesa l'astratta panoramica dei rimedi di tutela individuale e privatistica che sarebbero stati concepibili in via legislativa alla luce del diritto comune e, tuttavia, l'acritica riproposizione della medesima formula³⁴⁷ utilizzata dal legislatore comunitario appare piuttosto sottendere la scelta del legislatore italiano di rinviare tacitamente al sistema codicistico già vigente in relazione all'ambito dei contratti di diritto comune, essendo pertanto rimesso agli interpreti l'arduo compito di coniugare le disposizioni in materia con il sistema dei rimedi civilistici complessivamente considerato, attraverso un'operazione di reinterpretazione delle tradizionali categorie del diritto civile alla luce del necessario coordinamento con la disciplina di più recente emanazione e i precetti generali desumibili dal Codice del Consumo e dal Codice Civile³⁴⁸.

In questa prospettiva, quale premessa ineludibile da cui è promanata l'indagine circa la definizione dei possibili strumenti di tutela individual-privatistica, si è imposta la necessità per l'interprete di recuperare i concetti fondanti della materia contrattuale. In particolare, principio cardine della disciplina dei contratti, la cui applicazione ha investito anche la normativa *de qua*,

è vincolato a conformare il regolamento contrattuale alle informazioni precedentemente divulgate; la violazione di siffatto obbligo si ripercuote direttamente sul giudizio di validità determinando la nullità delle clausole predisposte in violazione della detta prescrizione”.

³⁴⁵ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., p. 134.

³⁴⁶ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 778. Per una panoramica dell'apparato rimediabile di tutela privatistica quantomeno astrattamente prospettabile, senza dar conto della paternità delle soluzioni concepite, si rimanda anche a: G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, cit., pp. 90 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19*, cit., pp. 138-140; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il “sistema” dei rimedi negoziali*, cit.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1281-1282.

³⁴⁷ C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 777, secondo la quale, testualmente: “Tale scelta, nel riprodurre alla lettera il tenore dell'art. 3, § 2 della direttiva, costituisce un ulteriore esempio dell'uso a volte eccessivo che il nostro legislatore ha fatto della tecnica del “copy out”: quella formula, se ha invero un senso ben preciso nella direttiva, finisce per risultare ridondante ed inutile nella prospettiva del nostro diritto interno, potendo lo stesso risultato ottenersi mantenendo sul punto un significativo silenzio, foriero forse di minori questioni interpretative”.

³⁴⁸ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 268; G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, cit., p. 91; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 778.

è quello diretto a statuire che, al fine di consentire la formazione di un valido accordo tra le parti, occorre non soltanto che il consenso sia prestato da un soggetto contraente che abbia la capacità di compiere atti giuridici (capacità di agire), ma anche che si formi in modo libero e consapevole e non subisca condizionamenti di sorta³⁴⁹.

Alla stregua di tale considerazione di ordine generale, l'attività ermeneutica si è quindi prevalentemente incentrata a valutare il potenziale effetto distorsivo che la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista possa determinare sul consenso del consumatore a concludere un contratto ovvero a concluderlo a determinate condizioni, di fatto influenzandone indebitamente la volontà negoziale.

Coerentemente, pur nella consapevolezza della esistenza di un vasto apparato rimediabile cui poter fare riferimento nell'ambito della ricostruzione interpretativa, l'analisi ha investito in via prioritaria il profilo della determinazione della sorte, in termini di validità ed efficacia, del contratto concluso per effetto o in conseguenza dell'adozione della pratica scorretta.

Precisamente, nel complessivo quadro dei rimedi di diritto comune comprensivo di diversificati strumenti di nuova o tradizionale formazione, di per sé suscettibili di agevole coniugazione rispetto alle fattispecie delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, il dibattito dottrinale ha primariamente riguardato l'ambito degli strumenti risarcitori e invalidatori (cause di nullità o annullabilità del contratto) attuabili a soddisfazione del bisogno di tutela del singolo consumatore³⁵⁰.

³⁴⁹ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 303 e ss.

³⁵⁰ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1281-1282.

3.2 - Le forme di tutela individual-privatistica nell'analisi comparatistica delle soluzioni adottate dagli Stati membri

Come già anticipato, la Direttiva 2005/29/CE non ha puntualmente individuato le conseguenze giuridiche di ordine privatistico suscettibili di determinarsi a seguito della violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, limitandosi ad imporre agli Stati membri di assicurare mezzi adeguati a garantire l'osservanza del divieto e a reprimere efficacemente le pratiche commerciali scorrette che siano state eventualmente adottate, attraverso la previsione di un sistema di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, e di fatto deferendo la definizione degli effettivi contenuti e dei meccanismi applicativi alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

In particolare nella materia contrattuale, il legislatore comunitario, presumibilmente animato dalla volontà di non interferire con il processo di costruzione del diritto europeo dei contratti, ha escluso che il recepimento della direttiva negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e l'introduzione di misure atte a prevenire e a reprimere la violazione del divieto potesse avere un'immediata e diretta incidenza sul profilo della validità del contratto concluso dal consumatore "a valle" della pratica commerciale sleale posta in essere dal professionista³⁵¹.

In proposito, si è già *supra* osservato come il legislatore comunitario si sia infatti limitato a statuire che *"la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto"*³⁵², venendo dunque a facultizzare, in sede di recepimento, l'intervento dei legislatori nazionali volto a introdurre negli ordinamenti giuridici interni le necessarie modificazioni per coordinare e adeguare i contenuti delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette alle norme nazionali recanti la disciplina generale del contratto³⁵³. Un siffatto intervento,

³⁵¹ 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.*, 3, Napoli 2010, pp. 880 e ss.

³⁵² Art. 3, c. 2, Direttiva 2005/29/CE.

³⁵³ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., pp. 134 e ss.

tuttavia, come si è già chiarito, non è stato *imposto* ai fini del corretto recepimento della direttiva medesima. Rinunciando a prendere una diretta posizione in ordine alle ricadute della disciplina *de qua* sul piano contrattuale, si è in sostanza inteso consentire agli Stati membri di orientarsi secondo le regole e i meccanismi contemplati nei rispettivi ordinamenti nazionali, e ciò indipendentemente dalla circostanza che nella legislazione interna fosse già intervenuta una modificazione della disciplina preesistente o che si limitasse la facoltà di azione a un tacito rinvio al sistema del diritto nazionale dei contratti già vigente.

In questo senso, si è opportunamente sostenuto che la norma di cui all'articolo 3 della direttiva individua “*uno spazio di libertà per i singoli Stati membri nella conformazione della regola «privatistica» senza escludere in alcun modo che la nuova disciplina possa interagire con la preesistente disciplina in materia di contratto*”³⁵⁴, non potendo dunque a tale regola attribuirsi a priori un valore positivo o negativo, nel rispettivo significato di imporre o di escludere qualsivoglia forma di tutela sul piano della validità dei rapporti interindividuali instaurati tra professionista e consumatore³⁵⁵.

In altri termini, si è voluto rimettere alla piena discrezionalità dei singoli legislatori anche la scelta di *non* apportare taluna modificazione, integrazione o deroga al diritto interno sotto il profilo della disciplina del contratto. Nella specie, si deve finanche escludere che la direttiva abbia *obbligato* a qualificare come nullo o annullabile il contratto stipulato tra consumatore e professionista “a valle” di una pratica commerciale scorretta³⁵⁶.

Preso quindi atto che la direttiva “*non si preoccupa della tutela individuale del consumatore fine a se stessa; di conseguenza non ha ad oggetto il singolo contratto né esercita*

³⁵⁴ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., pp. 479.

³⁵⁵ A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette* in AIDA, Milano 2008, v. 1, f. XVII, pp. 310 e ss.

³⁵⁶ In questo senso, *ex multis*: 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*, cit., pp. 882 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19*, cit., p. 138; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., pp. 266 e ss.; V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., pp. 134 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1273 e ss.

*alcuna influenza diretta sulla sua formazione, validità ed efficacia*³⁵⁷, l'attività degli Stati membri si è incentrata sulla risoluzione delle problematiche attinenti alla individuazione delle forme di tutela individuale e privatistica emerse sin dall'emanazione della nuova disciplina.

Le questioni controverse hanno riguardato, da un lato, il problema della validità del contratto concluso tra professionista e consumatore, la cui stipulazione sia stata preceduta o condizionata da una pratica commerciale scorretta, dall'altro lato, il tema della legittimazione del consumatore avverso il quale sia stata perpetrata una pratica commerciale sleale a pretendere dal professionista il risarcimento dei danni subiti³⁵⁸.

Alla luce della incondizionata libertà di determinazione riconosciuta ai legislatori nazionali, tali questioni sono state affrontate con modalità diversificate negli Stati membri³⁵⁹.

Delle differenti soluzioni accolte negli ordinamenti interni dei Paesi UE si procederà in tale sede ad offrire una panoramica preliminare al fine di consentire, nel prosieguo della trattazione, una più coerente e compiuta disamina dei diversi orientamenti sviluppatasi nell'ordinamento giuridico italiano in ragione della copiosa elaborazione dottrinale cui ha dato adito la mera riproposizione, ad opera del legislatore nazionale, della medesima formula normativa già adottata all'interno della direttiva comunitaria.

Dal confronto delle diversificate discipline nazionali si rileva agevolmente come, in prevalenza, i provvedimenti normativi di recepimento della direttiva emanati nei singoli Stati membri manifestino un atteggiamento remissivo dei legislatori interni, i quali hanno generalmente demandato la selezione del rimedio privatistico più adeguato alle peculiarità della

³⁵⁷ R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., p. 63.

³⁵⁸ G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., p. 58.

³⁵⁹ Per l'analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi Stati membri dell'Unione Europea in merito alle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, si rimanda in particolare a: 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*, cit., pp. 892 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 58 e ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 133 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1282 e ss.

fattispecie in rilievo all'attività interpretativa della dottrina o della giurisprudenza ovvero al sistema contrattuale già vigente nella legislazione nazionale.

In alcuni Stati membri, quali Malta³⁶⁰, Romania³⁶¹ e Ungheria³⁶², si è accolto un modello analogo a quello contemplato nell'ordinamento giuridico italiano, nella misura in cui in sede di recepimento della direttiva i rispettivi legislatori nazionali hanno limitato la propria facoltà di intervento alla sostanziale o testuale riproposizione della medesima formula adottata dagli organi comunitari; alla stregua di siffatta impostazione, statuendosi espressamente che le disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali non pregiudicano la normativa nazionale in materia contrattuale, si è di fatto trasferito sugli interpreti il compito di selezionare gli strumenti di tutela individual-privatistica più coerenti con i sistemi civilistici nazionali³⁶³.

In altri Paesi, quali Austria, Spagna, Grecia, Slovacchia, Repubblica Ceca, Paesi Bassi, Lituania e Germania³⁶⁴, i legislatori nazionali non soltanto non hanno affrontato la questione

³⁶⁰ La legge generale sulla tutela dei consumatori di Malta, modificata dalla legge n. 2 del 29 gennaio 2008 (*Kodiċi Kummerċjali (Kap 13 tal-Ligijiet ta' Malta)*) di attuazione degli articoli da 1 a 13 della Direttiva 2005/29/CE, si limita a statuire che le previsioni del relativo titolo non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della normativa maltese che regolano la materia contrattuale, in particolare quelle relative alla validità, la formazione o gli effetti del contratto (art. 511, lett. a).

³⁶¹ La legge rumena n. 363 del 21 dicembre 2007 (*LEGE privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii*) di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, all'art. 3, c. 2, lett. a, prevede testualmente: "Prezenta lege nu aduce atingere dispozițiilor legale ce reglementează contractele și, în special, prevederilor referitoare la validitatea, întocmirea sau efectele contractelor" (trad. "La presente legge non pregiudica le disposizioni di legge che disciplinano i contratti e, in particolare, le disposizioni in materia di validità, formazione o effetti dei contratti").

³⁶² La legge ungherese n. 47 del 28 giugno 2008 (*2008. évi XLVII. Törvény a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról*) stabilisce che la normativa di recepimento degli articoli da 1 a 13 della Direttiva 2005/29/CE, dalla medesima legge introdotta, non trova applicazione agli aspetti concernenti la conclusione, la validità e gli effetti legali del contratto, neppure si applica alle azioni civili che siano sorte da o in connessione alle pratiche commerciali.

³⁶³ 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*, cit., pp. 892-893.

³⁶⁴ In Germania, le norme di recepimento degli articoli da 1 a 13 della Direttiva 2005/29/CE sono state integrate nell'ambito della disciplina della concorrenza sleale dalla *Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb* ("Prima legge che modifica la legge contro la concorrenza sleale", la cd. *UWG*) del 22 dicembre 2008. Il sistema sanzionatorio ivi contemplato prevede, accanto alle sanzioni proprie e tipiche della concorrenza sleale, tra cui l'inibitoria e il risarcimento del danno cagionato al professionista concorrente, anche sanzioni penali e amministrative. La scelta del legislatore tedesco, in merito alla pretesa risarcitoria, è stata quindi quella di accordare il risarcimento dei danni subito per effetto dell'adozione della pratica commerciale sleale ai soli concorrenti del professionista, con esclusione dei consumatori *uti singuli*; non mancano tuttavia orientamenti dottrinali che cercano di estendere la titolarità della tutela risarcitoria anche al consumatore leso dalla pratica scorretta (cfr. 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*, cit., pp. 893-894, 908-909; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 140 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici* in *Contr. impr.*, Padova 2013, f. 3, Vol. 29, p. 715).

della definizione delle conseguenze privatistiche inerenti alla violazione del divieto *ex* articolo 5 della direttiva, ma si sono finanche astenuti dalla riproduzione della formula normativa “neutra” utilizzata dal legislatore comunitario³⁶⁵.

Per converso, talaltri legislatori nazionali, in sede di attuazione della direttiva, hanno introdotto una disposizione volta a escludere in modo esplicito la possibilità di riconoscere alla violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette una immediata e automatica incidenza in termini di invalidità del contratto concluso “a valle” della pratica medesima³⁶⁶. Questa la soluzione accolta in Estonia³⁶⁷, in Irlanda³⁶⁸ e, originariamente, all’atto del recepimento della direttiva, anche nel Regno Unito³⁶⁹.

Invero, il sistema di *civil enforcement* anglosassone è stato parzialmente modificato dal legislatore attraverso la recente introduzione di un emendamento³⁷⁰ che riconosce al

³⁶⁵ 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*, cit., pp. 893-894.

³⁶⁶ *Ivi*, pp. 896-897.

³⁶⁷ La legge generale estone sulla tutela del consumatore dell’11 Febbraio 2004 (*Kaubandustegevuse Seadus*), modificata dalla legge 11 ottobre 2007 (*Tarbijakaitseaduse Ja Võlaõigusseaduse Muutmise Seadus*) di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, ha previsto che le disposizioni concernenti le pratiche commerciali sleali non pregiudichino l’applicazione della normativa di diritto privato e che la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali non comporta, di per sé sola, la nullità della relativa transazione.

³⁶⁸ In Irlanda, le disposizioni di recepimento degli articoli da 1 a 13 della Direttiva 2005/29/CE sono inserite all’interno del *Consumer Protection Act 2007* del 21 aprile 2007. La *Section 91 (Saving for certain Contracts)* dispone testualmente: “*Subject to section 66 (1), a contract for the supply of any goods or the provision of any services shall not be void or unenforceable by reason only of a contravention of any provision of this Act*” (trad. “Fatto salvo quanto disposto nella sezione 66 (ndr. Si fa riferimento ai contratti aventi ad oggetto la partecipazione a titolo oneroso a sistemi di promozione delle vendite piramidali per i quali si prevede, in deroga alla regola della Sezione 91, che la relativa pattuizione sia nulla e priva di effetti), un contratto per la fornitura di beni servizi non sarà nullo o inapplicabile per la sola ragione della violazione di una qualsiasi delle disposizioni della presente legge”). La *Section 74*, d’altro canto, espressamente riconosce il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni, anche “esemplari” (“*exemplary damages*”) conseguenti all’adozione della pratica commerciale sleale.

³⁶⁹ Nel Regno Unito, l’attuazione della direttiva, per quanto concerne il profilo della regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette, è avvenuta attraverso lo *Statutory Instruments* n. 1277/2008 e le relative disposizioni sono state collocate all’interno del *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* dell’8 maggio 2008, la cui *Section 29 (Validity of agreements)*, quantomeno sino al momento dell’uscita del Regno Unito dall’Unione Europea, non essendo ancora conosciuti, alla data della redazione della presente trattazione, gli effetti conseguenti alla cd. *Brexit*, statuisce: “(Except as provided by Part 4A (ndr. relativa ai “Consumers’ rights to redress”, trad. “Diritti dei consumatori al risarcimento del danno”), an agreement shall not be void or unenforceable by reason only of a breach of these Regulations” (trad. “Fatto salvo quanto previsto dalla parte 4A, un contratto non sarà nullo o ineseguibile per la sola violazione delle norme di tale Regolamento”). Il *Departement for Business, Enterprise & Regulatory Reform (BERR)*, ha inoltre pubblicato, a completamento del sistema normativo in materia, una guida normativa: la *Guidance on the UK Regulations (May 2008) implementing the Unfair Commercial Practices Directive*.

³⁷⁰ Il *Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014* ha introdotto all’interno del *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* una nuova sezione (*Part 4A*) dedicata al diritto dei consumatori al risarcimento dei danni subiti (“*right to redress*”).

consumatore che stipuli un contratto con il professionista, ove quest'ultimo abbia adottato una pratica commerciale vietata - configurabile alla stregua di un fattore significativo nella determinazione del consumatore a concludere il contratto - un diritto al risarcimento dei danni patiti e che il consumatore non avrebbe altrimenti subito qualora la pratica commerciale non fosse stata posta in essere³⁷¹. Il risarcimento è accordato sia per i danni di natura patrimoniale, ovverosia per le perdite economiche e finanziarie verificatesi in pregiudizio del consumatore (“*financial loss*”), sia per i danni di natura non patrimoniale, nella misura in cui la norma fa riferimento anche all’angoscia, al disagio fisico, allo stato di allarme e ai patemi d’animo sopportati dal consumatore a seguito dell’adozione della pratica medesima (“*suffered alarm, distress or physical inconvenience or discomfort*”)³⁷². In presenza delle condizioni disposte dalla legge, inoltre, il legislatore britannico consente al consumatore ai danni del quale sia stata perpetrata una pratica commerciale vietata, in quanto aggressiva o consistente in un’azione fuorviante, di richiedere e ottenere lo scioglimento del contratto ovvero una riduzione del prezzo originariamente pattuito con il professionista³⁷³.

Peraltro, con riferimento ai Paesi di diritto anglosassone, taluni commentatori hanno segnalato la riconducibilità delle pratiche commerciali aggressive indebitamente condizionanti all’ambito della “*undue influence*” in *equity*³⁷⁴, rilevante quale causa idonea a determinare l’annullabilità del contratto per la sola ragione che la sua stipulazione sia stata indotta dall’indebito condizionamento subito dalla parte contraente, la cui capacità di assumere una

³⁷¹ Queste le tre condizioni che legittimano il risarcimento dei danni a favore del consumatore secondo quanto disposto dalla *Section 27 A del Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*.

³⁷² *Section 27J, Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*.

³⁷³ *Section 27E; Section 27F; Section 27I, Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*.

³⁷⁴ L. DI NELLA, *op. cit.*, p. 326 cita il caso “*Lloyds Bank Ltd. v. Bundy [1974] EWCA Civ 8, [1975] QB 326, [1974] 3 All ER 757*” quale *leading case* del diritto dei contratti inglese in materia di “*undue influence*” e, in particolare, riporta le argomentazioni di Lord Denning, il quale, proponendo l’adozione di un principio unitario fondato sulla disuguaglianza di potere contrattuale delle parti (“*inequality of bargaining power*”), deduce l’annullabilità del contratto a tutela della parte contraente più debole in tutti i casi, tra cui quello di indebito condizionamento qui in esame, in cui si rilevi una menomazione dell’autonomia contrattuale della parte contraente (“*when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other*”). Per le motivazioni legate alla mancata adesione alla dottrina elaborata da Lord Denning e per una più approfondita disamina della questione, si rimanda a: R. TORINO, *Inequality of Bargaining Power e giustizia contrattuale (un seguito a Lloyd Bank LTD v. Bundy)* in *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, a cura di A. Miranda, Torino 2015, Vol. III, pp. 473-486.

decisione consapevole sia stata quindi fortemente limitata per effetto dello sfruttamento, ad opera della controparte, della posizione di supremazia giuridica o fattuale in cui la stessa versi³⁷⁵. Segnatamente, la “*presumed undue influence*” evocata dalla fattispecie dell’indebito condizionamento³⁷⁶ risulta ravvisabile nel contesto di relazioni confidenziali specifiche o di rapporti qualificati (una “*fiduciary relationship*” quale, a titolo esemplificativo, quella sussistente tra avvocato e cliente, padre e figlio, *trustee* e *beneficiary*), all’interno dei quali una delle parti sia in grado di sfruttare la propria posizione di superiorità per indurre la controparte, attraverso una violenza morale o una pressione psicologica indebita, alla conclusione di un contratto. A tali ipotesi l’ordinamento inglese reagisce attraverso la previsione del rimedio della “*rescission*” che, in presenza del mero indice presuntivo rappresentato dalla “*presumed undue influence*”, legittima ad agire per invalidare il contratto anche se la parte che si assume lesa non fornisce la prova di una “*actual undue influence*”, ovvero sia qualora non dimostri di essere stata concretamente costretta, per effetto dell’influenza abusiva subita, a concludere un contratto che, pur eventualmente potendo ritenersi equo in relazione agli interessi di entrambe le parti, non avrebbe egualmente concluso in assenza dell’indebito effetto condizionante.

La presunzione di indebito condizionamento, tuttavia, non preclude la possibilità per la controparte di paralizzare l’azione di annullamento attraverso l’allegazione della prova contraria, consistente nella dimostrazione che il contratto configuri un “*act of free will*”, vale a dire un atto compiuto in modo libero e consapevole dalla parte che pur si trovi in una posizione di soggezione economica o negoziale, ovvero nella prova che il contratto non sia ingiusto, in quanto non comporti né uno svantaggio manifesto per la parte che si ritiene danneggiata né, per converso, un indebito vantaggio per la parte che si assume averne tratto profitto³⁷⁷.

³⁷⁵ G. ALPA e R. DELFINO, *Il contratto nel Common Law inglese*, III ed. Padova 2005, p. 158, ove si qualificano la “*undue influence*” e la “*duress*” (violenza fisica) come fattispecie corrispondenti alla violenza quale causa di annullamento del contratto nel diritto italiano.

³⁷⁶ Per la nozione di “indebito condizionamento” si rimanda *supra*, capitolo 2.2.5.

³⁷⁷ L. DI NELLA, *op. cit.*, pp. 324 e ss.; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera h) - Definizioni*, cit., p. 95.

Per quanto concerne l'esperienza tedesca, pur non rinvenendosi nell'ordinamento giuridico interno alcun istituto analogo alla “*undue influence*” anglosassone, la dottrina e la giurisprudenza, a fronte del silenzio normativo, hanno proceduto ad elaborare in via ermeneutica degli strumenti invalidatori del contratto stipulato dal consumatore in conseguenza o per effetto di una pratica commerciale indebitamente condizionante. Segnatamente, avendo quale riferimento normativo il paragrafo 138 del Codice Civile tedesco, il quale sancisce la nullità dei contratti contrari al buon costume e alla morale pubblica³⁷⁸, si è dedotta la possibilità di reagire avverso il contratto concluso dal consumatore sotto l'indebita pressione del professionista attraverso la costruzione del rimedio della nullità per contrarietà all'ordine etico. Circostanza nella quale si rimette alla parte strutturalmente e negozialmente più debole, che intenda agire ai fini della invalidità del contratto, l'onere di provare l'incidenza che la disparità di potere tra le parti abbia in concreto determinato sulla libera formazione del consenso alla contrattazione, occorrendo inoltre, ai fini della pronuncia di invalidità, che il negozio risulti svantaggioso per la parte debole, nel senso che presenti uno squilibrio manifesto tra le prestazioni contrattuali che le parti si siano obbligate ad eseguire³⁷⁹.

Soluzioni radicalmente difformi da quelle sino ad ora richiamate sono invece state adottate in talaltri Stati membri ove, all'atto del recepimento della direttiva, si è inteso approfittare degli ampi margini di discrezionalità accordati dal legislatore comunitario nella selezione degli strumenti di tutela individuale del consumatore in materia contrattuale.

In tale prospettiva, singolare appare la scelta operata dell'ordinamento portoghese, il cui legislatore, già all'interno del provvedimento di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, *a latere* della tutela risarcitoria³⁸⁰, ha individuato i rimedi contrattuali esperibili dal consumatore che stipuli un contratto sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale, legittimandolo a richiedere l'annullamento del contratto medesimo ovvero, in via alternativa, una modificazione

³⁷⁸ Art. 138, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codice Civile tedesco), cd. *BGB*.

³⁷⁹ L. DI NELLA, *op. cit.*, pp. 329 e ss.; M. SCALI, *Articolo 18, comma 1, lettera h) - Definizioni*, cit., p. 95.

³⁸⁰ Art. 15, *Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março* (“Decreto Legge n. 57 del 26 Marzo 2008”), che contiene le disposizioni di recepimento degli articoli da 1 a 13 della Direttiva 2005/29/CE.

del regolamento contrattuale secondo criteri equitativi (una *reductio ad aequitatem* dell'equilibrio contrattuale). La legge portoghese ha inoltre previsto un rimedio meno drastico, che soddisfi l'eventuale interesse del consumatore alla perequazione del rapporto contrattuale, consentendogli di ottenere la conservazione del contratto con contestuale eliminazione delle clausole il cui inserimento sia stato determinato dalla pratica sleale (una sorta di "nullità parziale" del contratto)³⁸¹. Si è inoltre dedotto tra gli interpreti che "l'influenza" esercitata dalla pratica commerciale sleale non sia riconducibile al contesto dei tradizionali vizi della volontà, bensì risulti qualificabile quale causa di annullamento del contratto ulteriore e autonoma rispetto a quelle già contemplate nell'ordinamento nazionale³⁸².

In Francia si è invece adottato un sistema più articolato, delineato nel "*Code de la consommation*", all'interno del quale sono contenute le disposizioni di attuazione della direttiva comunitaria. Il legislatore francese ha infatti riservato un trattamento più rigoroso alle pratiche commerciali aggressive, in relazione alle quali ha espressamente sancito la nullità e la privazione degli effetti del contratto che sia stato concluso dal consumatore "a valle" di una pratica siffatta, sul presupposto implicito che in tali circostanze la volontà del consumatore risulti viziata *ab origine*³⁸³. Analoga soluzione non è stata tuttavia accolta con riferimento alle ulteriori tipologie di pratiche commerciali sleali. In particolare, il legislatore francese è rimasto silente in ordine all'individuazione delle conseguenze privatistiche derivanti dalla violazione del generale divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali e, parimenti, in ordine alla validità del contratto stipulato in conseguenza o per effetto di una pratica commerciale ingannevole; con riferimento a tale ultima fattispecie, infatti, sono state contemplate solo sanzioni di natura pubblicistica, pene detentive e rimedi inibitori³⁸⁴.

³⁸¹ Art. 14, *Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março*.

³⁸² 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*, cit., pp. 897-898.

³⁸³ L'articolo L122-15 del *Code de la consommation* dispone testualmente: "*Lorsqu'une pratique commerciale aggressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet*" (trad. "Quando una pratica commerciale aggressiva porta alla conclusione di un contratto, il contratto è nullo e privo di effetti.")

³⁸⁴ 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*, cit., pp. 898-899.

Il rimedio della nullità a tutela del consumatore è stato inoltre previsto dal legislatore del Lussemburgo, che ha in tal senso disposto che qualsiasi clausola o combinazione di clausole inserita all'interno di un contratto concluso in violazione delle disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali e pubblicità si consideri “*nulla e non scritta*”³⁸⁵. Tale rimedio potrebbe peraltro qualificarsi alla stregua di una “nullità di protezione”, essendo riservata la relativa legittimazione attiva soltanto al consumatore – parte contraente.

Il rimedio invalidatorio è stato contemplato anche nell'ambito della legislazione danese ove, in particolare, si è accordato all'autorità giudiziaria la facoltà di coniugare potere inibitorio e potere invalidatorio: si ammette che il giudice, nel contesto dei giudizi inibitori promossi avverso il professionista che adotti pratiche commerciali sleali, possa pronunciarsi anche in merito all'invalidità dei contratti dal medesimo professionista stipulati, in violazione dell'ordine giudiziario che ne inibisce la condotta sleale³⁸⁶. In tal senso, l'invalidità negoziale non si riconnette strettamente al carattere di slealtà della pratica commerciale, bensì si pone quale misura accessoria rispetto all'ordine inibitorio impartito nei confronti del professionista, alla stregua di deterrente funzionale a garantirne l'osservanza³⁸⁷.

Strumento di tutela parzialmente differente è invece quello per cui ha optato il legislatore polacco, il quale ha attribuito ai consumatori, i cui interessi siano stati minacciati o pregiudicati da una pratica commerciale sleale, il diritto a ottenere un ristoro dei danni sofferti, in conformità alle regole generali già vigenti nell'ordinamento interno, nonché il diritto alla caducazione del contratto con conseguente restituzione delle prestazioni eventualmente già

³⁸⁵ Art. 11, c. 2, *Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales déloyales*, provvedimento lussemburghese di attuazione della Direttiva 2005/29/CE.

³⁸⁶ Art. 20, c. 1 della legge danese sulla commercializzazione del 21 dicembre 2005 (*Lov 1389/2005 om markedsføring med senere ændringer*), come modificata dalla legge di attuazione della Direttiva 2005/29/CE del 20 dicembre 2006 (*Lov 2006-12-20 nr. 1547 om ændring af lov om markedsføring*).

³⁸⁷ 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*, cit., p. 900; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 714.

eseguite, ove si tratti di un contratto a prestazioni corrispettive, e rimborso delle spese sostenute nell'acquisto del prodotto dal professionista³⁸⁸.

Merita infine di essere segnalata, nel contesto della breve analisi comparata dei rimedi privatistici adottati dai Paesi UE, la soluzione accolta nell'ambito della legislazione belga. In particolare, in Belgio la questione delle conseguenze di ordine civilistico derivanti dalla violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette non è stata affrontata direttamente nel quadro delle disposizioni di recepimento della Direttiva 2005/29/CE³⁸⁹, bensì è stata affidata alle norme che contengono il regime normativo comune a tutti i contratti stipulati tra consumatori e professionisti, elevandosi, in ragione di tale collocazione sistematica, a pilastro centrale della normativa generale in materia di contratti dei consumatori. In tale contesto, il legislatore, nell'accertata ipotesi di violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, ha infatti previsto una singolare sanzione di natura privatistica operante alla stregua di un meccanismo che importi la conversione *ex lege* del contratto a titolo oneroso in un negozio giuridico a titolo gratuito³⁹⁰. Segnatamente, l'articolo 41 della legge belga, a fronte della adozione di una delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive e indicate dalla disposizione medesima (comma 1), reputate, nell'ottica del legislatore belga, quali meritevoli di un trattamento sanzionatorio più rigoroso, contempla la possibilità per il consumatore di richiedere, entro un termine ragionevole dal momento in cui è venuto o avrebbe dovuto venire a conoscenza dell'esistenza della pratica adottata in suo pregiudizio, il rimborso delle somme dallo stesso pagate, senza restituzione del prodotto consegnato dal professionista³⁹¹. Ove invece venga in rilievo un contratto concluso dal

³⁸⁸ Art. 12, c. 1, n. 4 della legge polacca sulle pratiche commerciali sleali del 23 agosto 2007 di recepimento della Direttiva 2005/29/CE (*Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*).

³⁸⁹ Nella versione attuale, le disposizioni di recepimento della Direttiva 2005/29/CE sono contenute nei Capitoli 4 e 5 della *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* del 6 aprile 2010.

³⁹⁰ 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*, cit., pp. 901-903.

³⁹¹ Art. 41, c. 1, *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur*: "Lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée à l'article 91, 12°, 16° et 17°, et à l'article 94, 1°, 2° et 8°, le consommateur peut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de son existence, exiger le remboursement des sommes payées, sans restitution du produit livré" (con traduzione nel testo).

consumatore in conseguenza dell'adozione a suo danno di altra tipologia di pratica commerciale sleale, non rientrando nell'alveo di quelle specificamente contemplate dal legislatore a norma del primo comma, si attribuisce al giudice il potere, “*senza pregiudizio nell'applicazione delle sanzioni di diritto comune*”, di condannare il professionista a rimborsare il consumatore delle somme da questi pagate, in assenza della contestuale restituzione del prodotto consegnato, che rimane quindi acquisito senza oneri al consumatore³⁹².

Dalla sintetica ricostruzione delle differenti soluzioni accolte nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri in sede di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, si desume con evidenza come il rapporto tra la disciplina delle pratiche commerciali sleali e il regime normativo dei contratti stipulati tra consumatore e professionista sia destinato ad essere trattato secondo modalità differenti in ragione del sistema normativo nazionale all'interno del quale si inserisce la fattispecie rilevante³⁹³.

Emerge, inoltre, come il silenzio del legislatore comunitario in merito alla individuazione di specifici rimedi privatistici a tutela dei consumatori *uti singuli*, si ponga in contrasto rispetto al dichiarato obiettivo di armonizzazione massima dei diritti nazionali perseguito dalla direttiva in un settore che si assume quale asse portante, sotto il profilo delle dinamiche tra professionisti e consumatori, nella costruzione di un nuovo modello di mercato pro-concorrenziale. Invero, la scelta di non indicare espressamente già a livello comunitario l'esperibilità di uno specifico strumento di tutela privatistica, ha agevolato l'emergere di modelli profondamente differenziati nel contesto degli ordinamenti nazionali, talora delineati compiutamente già a livello normativo, altre volte affidati all'opera della dottrina o della giurisprudenza, in tal modo manifestando il fallimento degli organi comunitari nel garantire un

³⁹² Art. 41, c. 2, *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur*: “*Lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée aux articles 84 à 86, 91, 1° à 11°, 13° à 15, 18° à 23°, et à l'article 94, 3° à 7°, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré*” (con traduzione nel testo).

³⁹³ 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*, cit., p. 903.

livello minimo e omogeneo di tutela del consumatore e nel realizzare il primario obiettivo di armonizzazione totale delle legislazioni nazionali attraverso l'eliminazione degli aspetti di differenza ancora vigenti, in tale settore normativo, tra i sistemi interni dei Paesi UE³⁹⁴.

3.3 - I rapporti tra contratto e regolazione del mercato: verso una nuova concezione dello strumento contrattuale nel sistema di mercato

L'ampiezza e la difformità delle soluzioni accolte nei diversi Stati membri in ordine alle conseguenze privatistiche della violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali, sebbene offra una panoramica variegata dei possibili strumenti di tutela cui poter fare virtualmente riferimento nella ricerca della soluzione più adeguata e conforme al sistema italiano, non si pone quale effettivo ausilio per l'interprete nella selezione di un rimedio univoco a tutela dei consumatori che, pregiudicati dalla influenza indebita di una pratica commerciale scorretta, abbiano concluso un contratto con il professionista.

La problematica attinente alla ricerca di sicuri criteri ai quali ancorare l'individuazione di forme di tutela individuale e privatistica, peraltro, non rileva *ex se*, ma si inquadra nel più generale dibattito in merito ai rapporti tra il contratto e la regolazione del mercato, tematica già postasi all'attenzione dell'interprete in relazione alla sorte dei contratti conclusi "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata ovvero con riguardo ai rapporti contrattuali instaurati in violazione degli obblighi di comportamento imposti dalla normativa primaria e secondaria in materia di intermediazione finanziaria³⁹⁵. Si è infatti constatato che i maggiori problemi di coordinamento con il diritto civile dei contratti sono stati nel tempo determinati dalla crescente produzione, relativamente recente, di norme dirette alla regolazione del mercato; e specificamente, nell'ambito del più esteso *genus* delle norme regolatorie, si è inteso fare

³⁹⁴ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1274-1275, 1282.

³⁹⁵ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., p. 135.

riferimento a quelle disposizioni volte a disciplinare atti e comportamenti, poiché rivolte alla regolamentazione diretta degli scambi sul mercato tra gli operatori economici³⁹⁶.

In particolare, il problema dei rapporti tra strumento contrattuale e regolazione del mercato è emerso nel contesto del rinnovato *corpus* normativo ispirato a obiettivi dichiaratamente concorrenziali, nell'ambito del quale si è ravvisato l'inserimento di un nuovo modello di contratto che, in quanto conformato alla soddisfazione di interessi di carattere generale e non più unicamente volto, secondo l'insegnamento tradizionale, a realizzare l'interesse egoistico dei contraenti, può considerarsi l'esito di un processo di alterazione funzionale che si è sviluppato in tempi recenti, essendone intervenuta una mutazione del ruolo e della funzione rispetto a quanto originariamente concepito dal legislatore del 1942³⁹⁷.

La consapevolezza della nuova *funzionalizzazione* dello strumento contrattuale ha infatti portato all'emergere di una esigenza diretta a ripensare e rinnovare la concezione tradizionalmente attribuita al contratto, per inserirlo in modo coerente nel nuovo dinamico contesto del mercato. Come dire che l'esperienza della contrattazione nell'ambito dei traffici commerciali e delle transazioni transfrontaliere abbia indotto una nuova riflessione sul concetto di autonomia privata, che è principio fondante del diritto privato³⁹⁸.

Tale mutamento funzionale del contratto, d'altronde, si riconnette alla maggiore attenzione che le norme di regolazione del mercato riserbano agli effetti che l'atto di autonomia privata esplica anche all'esterno del singolo rapporto individuale (cd. *esternalità*), nonché per la considerazione che tali discipline rivolgono al complessivo contesto in cui si inseriscono gli atti e i comportamenti antecedenti o successivi alla conclusione del contratto³⁹⁹.

³⁹⁶ V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto* in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli 2008, pp. 1615 e ss.

³⁹⁷ Il fenomeno descritto nel testo ha riguardato non soltanto la disciplina dei contratti dei consumatori, ma anche altre forme contrattuali sviluppatesi nella legislazione più recente: si pensi alla subfornitura, ai pagamenti commerciali, alla mediazione assicurativa, alla cessione dei crediti d'impresa, al *franchising*.

³⁹⁸ V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, cit., pp. 1615 e ss. Si rileva peraltro come taluni interpreti abbiano persino escluso che i contratti di massa conclusi nell'ambito delle transazioni commerciali passano essere di fatto qualificati quali atti di autonomia privata, definendoli talora in termini di "scambi senza accordo" (cfr. *supra*, capitolo 1.5).

³⁹⁹ *Ivi*, p. 1616.

Sotto tale profilo, la stessa normativa in materia di pratiche commerciali scorrette rappresenta un efficace spunto emblematico per meglio comprendere la nuova funzionalizzazione del contratto di cui si discorre. Invero, si è ravvisato come la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette non si risolva nella regolamentazione di un singolo momento coincidente con l'atto puramente negoziale (non essendo peraltro la conclusione del contratto una conseguenza necessaria del rapporto su cui incide la pratica commerciale); la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette viene piuttosto a ricomprendere nel proprio ambito tutte quelle circostanze idonee ad assumere rilievo ai fini del condizionamento della volontà del consumatore, attuate “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto*”⁴⁰⁰. A caratterizzare la disciplina *de qua* e, segnatamente, i contratti che siano eventualmente stati stipulati “a valle” di una pratica scorretta, vi è infatti la ribadita prerogativa della cd. *esternalità*: gli effetti del contratto concluso dal consumatore, in conseguenza o per effetto di una pratica scorretta, difficilmente potrebbero considerarsi arginati al singolo rapporto consumatore-professionista, venendo piuttosto a interessare anche il contesto delle relazioni intercorrenti tra operatori economici concorrenti e, quindi, il mercato nel suo complesso.

Dall'analisi della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, inoltre, si deduce anche la sussistenza del secondo presupposto determinativo del mutamento funzionale del contratto nel contesto della regolazione del mercato, nella misura in cui l'attenzione del legislatore, nel delineare la disciplina in esame, è evidentemente stata rivolta al complessivo sistema nel quale viene a immettersi lo strumento contrattuale, attribuendosi larga considerazione sia alla fase prodromica delle trattative contrattuali, che può definirsi quale sede naturale dell'adozione della pratica scorretta, sia alla fase conseguente alla stipulazione del contratto e attinente all'esecuzione del rapporto contrattuale.

Inevitabilmente, dunque, l'accostamento della regolazione del mercato al diritto dei contratti ha condotto, in tale prospettiva, all'elaborazione di una moderna concezione del

⁴⁰⁰ Art. 19, c. 1, D. Lgs 206/2005.

contratto, il quale, alla luce di tale rinnovata veste, non può più unicamente configurarsi quale strumento di autoregolazione di interessi privati, bensì necessita di essere inserito e considerato all'interno di un *sistema* più vasto, in una rete complessiva di rapporti e operazioni economiche, potendo ravvisarsi a tal stregua una nuova tendenza legislativa volta ad assicurare una “*sorta di funzionalizzazione del contratto e dell'interesse concreto dei privati verso un assetto di mercato che, in linea generale, si potrebbe definire pro-concorrenziale*”⁴⁰¹.

Del resto, nel contesto delle relazioni economiche e sociali dei tempi moderni e, nella specie, nell'ambito dei rapporti tra professionisti e consumatori, si assiste con frequenza sempre maggiore al ricorso a forme di “contrattazione di massa”, ovvero a tecniche di contrattazione standardizzate, caratterizzate dal declino della individualità e della personalizzazione del rapporto tra le parti contraenti, a vantaggio di nuove forme di negoziazione che riflettono l'impersonalità delle relazioni di mercato e l'unidirezionalità della comunicazione commerciale. L'avvento di forme siffatte di contrattazione ha inevitabilmente imposto la necessità per il giurista di un ripensamento in merito al tema della formazione del contratto, risultando a tal fine insufficienti gli strumenti tradizionalmente offerti dal diritto contrattuale⁴⁰².

È dunque alla luce di siffatta premessa sistematica, resa evidente dai margini di confronto offerti dal diritto della regolazione del mercato con le categorie civilistiche, che deve muovere l'indagine ermeneutica nella individuazione delle forme di tutela individual-privatistica e dei rimedi invalidatori da applicarsi al contratto concluso dal consumatore in conseguenza o per effetto della pratica commerciale scorretta.

⁴⁰¹ V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, cit., pp. 1628-1629.

⁴⁰² G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto* in *Riv. Dir. Civ.*, 1, Padova 2002, p. 39.

3.4 - La relazione tra accertamento della “scorrettezza” e validità del contratto “a valle”: l'impraticabilità di un meccanismo di automatica incidenza

Per quanto concerne la formazione del contratto tra professionista e consumatore, la sussistenza di una asimmetria informativa tra le parti, talora accentuata anche dall'utilizzo di sofisticati strumenti di comunicazione a disposizione del professionista, può risultare ostativa ad una dialettica commerciale e negoziale improntata a lealtà e correttezza. La scorrettezza di una pratica commerciale assume caratteri di maggiore potenzialità lesiva nei confronti del consumatore, incidendo sulla formazione della volontà negoziale di quest'ultimo, nel periodo compreso tra l'instaurazione del contatto sociale e la stipulazione del contratto, per il tramite della fase precontrattuale delle trattative negoziali⁴⁰³. È in relazione alla fase antecedente alla stipulazione del contratto, infatti, che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, pur improntata a caratteristiche di trasversalità, assume maggiore rilievo, imponendo conseguentemente la necessità di valutare i termini della potenziale incidenza della pratica scorretta sull'effettiva posizione individuale del singolo consumatore.

Nel silenzio del legislatore comunitario e dinanzi all' “*atteggiamento rinunciatorio*”⁴⁰⁴ del legislatore nazionale, come si è già avuto modo di anticipare, il tema della tutela individuale del singolo consumatore-contraente debole inciso da una pratica commerciale scorretta nonché la definizione delle possibili ricadute suscettibili di determinarsi sul piano civilistico e, segnatamente, sulla validità del contratto concluso tra il professionista e il consumatore, hanno formato oggetto di un'attenta riflessione dottrinale. Nondimeno, gli approdi a cui sono giunti gli interpreti, sebbene in prevalenza incentrati sulla applicabilità di rimedi di tipo invalidatorio *a latere* della tutela risarcitoria, non sono apparsi univoci, prospettandosi soluzioni difformi anzitutto in merito al rapporto tra i due binari di tutela, quella disposta dalla disciplina di regolazione del mercato e quella relativa all'ambito civilistico.

⁴⁰³ V. RICCIUTO, *Articolo 19 – Ambito di applicazione*, cit., p. 135.

⁴⁰⁴ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 416.

Ferma la premessa sistematica della permanenza di una relazione di reciproca autonomia tra i differenti piani di tutela⁴⁰⁵, il tema controverso ha in primo luogo investito la possibilità di individuare degli spazi di comunicabilità tra i due settori normativi, indagandosi l'ipotesi di una immediata coincidenza tra la violazione del divieto di porre in essere una pratica commerciale scorretta e la sussistenza di un vizio del consenso traducibile in un dato fenomeno patologico del contratto atto a determinarne in via automatica l'invalidità.

In altri termini, gli interpreti si sono interrogati, pur con difformità di opinioni sul tema, sulla eventualità di attribuire al positivo accertamento della pratica commerciale scorretta demandato all'autorità amministrativa (*enforcement pubblicistico*) l'automatica produzione di una qualsivoglia conseguenza sul piano civilistico, riflessa in termini di effetti invalidanti del contratto concluso "a valle" della pratica commerciale scorretta (*enforcement privatistico*).

Da una complessiva valutazione della impostazione seguita dal legislatore nel delineare la disciplina regolatoria in esame, tuttavia, si è generalmente dedotta l'impossibilità di selezionare in via aprioristica il rimedio di tutela individual-privatistica applicabile al rapporto contrattuale instaurato tra consumatore e professionista ogniqualvolta intervenga un accertamento dell'autorità amministrativa in merito alla natura scorretta della pratica commerciale; in tali circostanze, per converso, si è sostenuta la necessità di procedere ad una disamina in concreto della fattispecie rilevante.

A tal fine, si è infatti evidenziato come l'esigenza di un accertamento in concreto risulti in primo luogo preordinata allo scopo di verificare la sussistenza di una effettiva e attuale lesione di un interesse del consumatore che risulti meritevole di protezione giuridica e che, quindi, giustifichi l'applicabilità dello strumento invalidatorio⁴⁰⁶.

Sotto tale profilo, immediato appare il distinguo tra i due binari di tutela.

⁴⁰⁵ Come già osservato *supra*, capitolo 3.1.

⁴⁰⁶ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 691, ove si ribadisce la configurazione della pratica commerciale scorretta in termini di illecito di pericolo.

Infatti, come si è già avuto modo di segnalare⁴⁰⁷, relativamente al piano dell'*enforcement pubblicistico*, appare sufficiente una lesione soltanto potenziale della libera determinazione del consumatore (l'*idoneità* a "*falsare in misura apprezzabile il comportamento economico*"⁴⁰⁸) ai fini della valutazione di "scorrettezza" della pratica commerciale a norma delle disposizioni del Codice del Consumo, trattandosi di giudizio operato sulla base di criteri di natura intrinseca ed escludendosi quindi ogni considerazione per ragioni di fenomenologia sociale. In relazione al profilo dell'*enforcement privatistico*, invece, l'applicabilità di rimedi di matrice civilistica implica il necessario riscontro del carattere attuale e concreto della lesione giuridicamente rilevante che il consumatore abbia subito nella sua sfera individuale⁴⁰⁹.

Nel medesimo senso si è espressa anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha individuato la differenza tra le norme dei contratti e le norme disposte a tutela dei consumatori nella circostanza che "*mentre nella disciplina privatistica del contratto la lesione è valutata alla stregua del danno effettivamente subito dal contraente debole, nella disciplina pubblicistica in materia di pratiche scorrette, la lesione della sfera economica dei consumatori è valutata a prescindere dall'effettivo danno economico subito, ossia la valutazione del danno si fonda sulla potenziale idoneità della pratica commerciale ad incidere sulle scelte economiche dei consumatori*"⁴¹⁰.

Per altro verso, pur ammettendosi l'impossibilità di attribuire una totale irrilevanza alla violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette rispetto alle sorti del rapporto contrattuale, deve escludersi l'automatica applicabilità degli istituti civilistici quale effetto immediato dell'attuazione della pratica, imponendosi, in senso opposto, una valutazione in concreto della fattispecie, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti che legittimino l'esperibilità degli strumenti di tutela privatistica. Infatti, l'inosservanza della regola di cui

⁴⁰⁷ Si veda *supra*, capitolo 2.2.4.

⁴⁰⁸ Art. 20, c. 2, D. Lgs. 205/2006.

⁴⁰⁹ A. NOBILE, *La tutela civilistica avverso le pratiche commerciali scorrette* in *Contr. impr. Eur.*, Padova 2014, Vol. 1, f. 1, p. 186.

⁴¹⁰ AGCM, decisione del 4 Settembre 2008 n. 18829 in *Giust. civ.* 2009, 2, I, p. 515.

all'articolo 20 del Codice del Consumo, configurandosi quale norma di regolazione del mercato e ponendosi pertanto su un piano di tutela autonomo rispetto a quello squisitamente civilistico, osta alla configurabilità della produzione di immediate ricadute sulla validità del contratto⁴¹¹.

L'opinione dottrinale prevalente⁴¹², del resto, tende a escludere che la scorrettezza della pratica commerciale sia, di per sé e in quanto tale, ragione sufficiente a fondare la costruzione di una nuova ipotesi di invalidità del contratto ovvero a costituire causa legittimante il consumatore a sciogliere il rapporto contrattuale attraverso un atto unilaterale di recesso *ad nutum*, rimanendo valevole il principio generale secondo il quale il vincolo contrattuale può essere sciolto solo per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge⁴¹³.

Invero, sebbene talune pattuizioni per le quali il sistema civilistico contempla la sanzione della invalidità possano agevolmente essere ricondotte nella casistica delle pratiche commerciali scorrette⁴¹⁴, la circostanza che la stipulazione di un contratto tra professionista e consumatore sia intervenuta contestualmente o successivamente all'attuazione di una pratica commerciale scorretta non è idonea a determinarne *ex se* la nullità o l'annullabilità ove non sia dimostrata la simultanea ricorrenza dei presupposti disposti dalla legge ai fini dell'operatività

⁴¹¹ Si veda, per tutti, C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 408 e ss.

⁴¹² La tesi contraria è invece sostenuta da A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie* in *Contr.*, 2, Milano 2006, pp. 171-172 e da L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr. Eur.*, Padova 2007, f. 1, Vol. 12, pp. 62 e ss., che qualificano il rimedio di tutela civilistica in termini di nullità, ancorché di "di protezione".

⁴¹³ A. MIRONE, *op. cit.*, pp. 311 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 91 e ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 408 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19*, cit., pp. 138-139; A. NOBILE, *op. cit.*, p.187; C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, pp. 778 e ss.

⁴¹⁴ G. D'AMICO, voce "*Formazione del contratto*" in *Enc. del dir. Annali II*, Milano 2008, pp. 590 e ss. evidenzia come a talune fattispecie di pratiche commerciali scorrette possa applicarsi il rimedio invalidatorio; A. MIRONE, *op. cit.*, p. 311 richiama in via esemplificativa la fattispecie di pratica commerciale considerata in ogni caso ingannevole di cui all'art. 23, lett. i) del Codice del Consumo ("*Affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita*") al fine di evidenziare la possibilità di applicare il rimedio della nullità a sanzionare il contratto concluso "a monte" per illecità del suo oggetto (art. 1418, c. 2, c.c.); riporta anche l'esempio della fattispecie di cui all'art. 22, c. 4, lett. e) Cod. Cons. (omissione ingannevole costituita dalla mancata indicazione della "*esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto*") che, ove concerna la commercializzazione a distanza di servizi finanziari, comporterebbe la nullità del contratto "a monte" per espressa disposizione normativa (art. 67 *septies-decies*, c. 4, Cod. Cons.) ai sensi dell'art. 1418, c. 3, c.c.; M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 482, riconduce la violazione degli obblighi di informazione attinenti alla specificazione delle caratteristiche del prodotto o alla mancata o ambigua indicazione del prezzo, alle sue modalità di calcolo e alle eventuali spese aggiuntive (art. 22, c. 4, lett. a) e c), Cod. Cons.) alla fattispecie della nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, ove non sia peraltro possibile la sua determinazione *per relationem*.

del rimedio invalidante⁴¹⁵. E pertanto, sul presupposto della necessità di una valutazione in concreto della fattispecie rilevante, affinché possa intervenire una pronuncia giudiziale che statuisca in merito all'invalidità del contratto concluso "a valle" della pratica commerciale aggressiva o ingannevole, occorre che il consumatore deduca in primo luogo che quella pratica costituisce l'esito di un effettivo contatto intervenuto con il professionista, cui è successivamente subentrata la conclusione del negozio giuridico a cui sia stato causalmente indotto per effetto dell'indebita influenza esercitata dalla pratica scorretta⁴¹⁶.

Pertanto, la costruzione del parametro del "consumatore medio" quale modello astratto di destinatario che si assume dotato di capacità, competenza, attenzione e diligenza di medio livello, rispetto al quale viene commisurata la valutazione di scorrettezza di matrice amministrativa, sembra già un elemento idoneo a rappresentare, in linea di principio, una sufficiente linea di demarcazione tra i due piani di tutela, idonea a precludere un'automata commistione tra tutela amministrativa e rimedio civilistico⁴¹⁷.

In tal senso, si pone anche la più comune opinione dottrinale, che ravvisa la maggiore obiezione ad ammettere l'esplicitarsi di un'immediata incidenza dell'intervenuto accertamento da parte dell'AGCM in merito al carattere illecito della pratica commerciale, poiché aggressiva o ingannevole, in termini di invalidità del contratto o di responsabilità del professionista, nella circostanza che in sede amministrativa la verifica dell'autorità risulti parametrata alla figura standardizzata, costruita *ex ante*, di un consumatore soltanto "virtuale". La valutazione di

⁴¹⁵ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 408 e ss., secondo la quale "La pratica scorretta, pertanto, non può essere "di per sé e in quanto tale" causa di invalidità di un contratto. Essa ne sta fuori, in quanto tale, fino a quando non venisse accertato il contrario: e cioè che la pratica è entrata nelle dinamiche del singolo contratto ovvero nel suo specifico regolamento. Questo sembrerebbe il senso normativo specifico dell'espressione utilizzata dal legislatore, quando ha stabilito che la nuova disciplina «non pregiudica» l'applicazione della disciplina generale del contratto: cioè non la implica né la esclude automaticamente." cfr. G. DE CRISTOFARO, *Commento sub art. 19*, cit., p. 138; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 689 e ss.

⁴¹⁶ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 421 e ss. L'autrice opportunamente mette in luce, sotto tale profilo, il distinto potere operativo riconosciuto all'autorità amministrativa: l'AGCM può infatti intervenire ad accertare la scorrettezza della pratica commerciale scorretta indipendentemente dall'intervenuta conclusione di un contratto e persino se la pratica commerciale scorretta non sia stata portata a conoscenza del pubblico, per vietarne la diffusione o inibirne la continuazione (art. 27 Cod. Cons.).

⁴¹⁷ *Ivi*, pp. 412 e ss.

scorrettezza dell'autorità amministrativa commisurata allo *standard* del consumatore medio, necessiterebbe infatti di essere riformulata in sede giudiziale, ove si potrebbe agevolmente pervenire ad approdi differenti alla luce di una rivalutazione delle circostanze che tenga in debito conto del contatto in concreto intervenuto con il professionista che abbia condotto *quel* determinato consumatore alla stipulazione di *quel* determinato contratto⁴¹⁸.

D'altro canto, ammettere la praticabilità di un automatico travaso dei presupposti e degli effetti tra i due piani di tutela comporterebbe il rischio di determinare instabilità nell'ambito delle contrattazioni di massa, nella misura in cui si consentirebbe l'insorgere di conseguenze perverse legate all'immediata operatività del rimedio civilistico in relazione a *tutti* i contratti su cui abbia "a monte" inciso la pratica commerciale scorretta perpetrata dal professionista.

La generalizzazione dell'effetto, determinando una ingiusta disparità di trattamento nei confronti dei consumatori-parti contraenti e dei contraenti non consumatori, sarebbe inoltre suscettibile di dare adito ad una eterogenesi delle finalità delle due discipline⁴¹⁹.

In tale prospettiva, volendo aderirsi al principio dell'automatica incidenza, dovrebbe infatti rilevarsi che l'accertamento della scorrettezza operato dall'autorità amministrativa risulterebbe idoneo a travolgere anche i contratti che siano stati consapevolmente e ponderatamente conclusi dai consumatori più avveduti, ammettendosi l'invalidità di un contratto che a norma del Codice Civile risulterebbe invece pienamente valido ed efficace: in una circostanza di tal genere sarebbe evidente il dipanarsi dell'effetto di una ingiustificata *iper-tutela* dei consumatori più attenti, valicando gli obiettivi di tutela perseguiti dalla normativa consumeristica. Per converso, ancora nell'ottica di un ragionamento volto ad accogliere un principio di automaticità degli effetti, si dovrebbe per assurdo ritenere che dinanzi al provvedimento dell'autorità amministrativa che accerti l'insussistenza del carattere scorretto della pratica commerciale, si determinerebbe la salvezza di *tutti* i contratti stipulati "a valle"

⁴¹⁸ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁴¹⁹ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 424 e ss.

della medesima, con conseguente *ipo-tutela* del consumatore più vulnerabile o meno avveduto che, pur avendo concretamente subito, a seguito dell'adozione della pratica scorretta, un effetto indebitamente condizionante nella determinazione alla conclusione del contratto con il professionista, vedrebbe negarsi il diritto di agire in giudizio, a cui sarebbe tuttavia legittimato secondo le norme del Codice Civile, la cui applicazione si fa espressamente salva⁴²⁰.

La questione della potenziale incidenza che la violazione del divieto di porre in essere una pratica commerciale sleale possa esplicare sulla validità del contratto stipulato tra il professionista e il consumatore, rispetto al quale la pratica siffatta abbia costituito effetto condizionante, è stata dibattuta anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata a decidere in via pregiudiziale nella celebre causa *Pereničová*⁴²¹ con una pronuncia che ha rappresentato “*un significativo tassello nella edificazione del diritto privato dei consumatori*”⁴²². Nell'ambito di tale procedimento, il ragionamento della Corte di Giustizia si è incentrato sulla definizione dei rapporti tra la Direttiva 2005/29/CE relativa al divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali e la Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive inserite nei contratti conclusi con i consumatori.

La Corte, in primo luogo, ha riconosciuto che l'accertamento del carattere di slealtà di una pratica commerciale costituisce “*un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto*”⁴²³, al contempo disponendo che “*tale elemento non è tuttavia idoneo a dimostrare automaticamente e di per sé il carattere abusivo delle clausole controverse*”⁴²⁴, dovendo necessariamente la

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *CGUE, Prima Sez., sentenza del 15 marzo 2012, causa C-453/10, “Jana Pereničová e Vladislav Perenič contro SOS financ spol. s r. o.”*, in *ECLI:EU:C:2012:144*. Nel giudizio *de quo* la Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 6, p. 1, della Direttiva 93/13/CEE e delle disposizioni della Direttiva 2005/29/CE. La questione controversa riguardava l'indicazione, all'interno di un contratto di credito al consumo, di un TAEG inferiore rispetto a quello reale. La Corte, in particolare, viene chiamata in primo luogo a valutare se la menzione “al ribasso” del TAEG rispetto al tasso effettivo possa integrare una pratica commerciale sleale e, in caso di affermazione positiva, a determinare quali siano le conseguenze da trarre ai fini della valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto, nonché a statuire in ordine alla validità del contratto medesimo nel suo complesso.

⁴²² Questa l'espressione utilizzata da G. MARINO, *op. cit.*, p. 137.

⁴²³ *CGUE, Prima Sez., sentenza del 15 marzo 2012, causa C-453/10*, in *ECLI:EU:C:2012:144*, par. 43.

⁴²⁴ *Ivi.*, par. 44.

relativa valutazione avere riguardo a tutte le circostanze del caso di specie e alle altre clausole contenute nel regolamento negoziale.

Maggiore considerazione, ai fini che interessano l'analisi in tal sede condotta, merita tuttavia la conclusione della Corte di Giustizia in ordine all'impossibilità di riconoscere alla pratica commerciale scorretta alcuna automatica conseguenza sul piano contrattuale, statuendo, per converso, che l'accertata slealtà di una pratica commerciale *“non ha diretta incidenza sulla valutazione della validità del contratto”*⁴²⁵. Conclusione, quest'ultima, che deve riconnettersi alla differente struttura del percorso valutativo della scorrettezza della pratica commerciale rispetto all'ordinario ragionamento perseguito in sede civilistica, nonché alla diversità di *ratio* che caratterizza la disciplina comunitaria, improntata al soddisfacimento dell'interesse collettivo dei consumatori e del mercato nella sua interezza, rispetto a quella codicistica che guarda all'interesse privato del singolo soggetto contraente⁴²⁶.

In tale prospettiva, si è infatti opportunamente evidenziato che *“mentre il Codice del Consumo opera dal punto di vista della mera astratta idoneità di una pratica ad indurre i consumatori a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero preso, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese; del tutto diversamente il Codice Civile opera dal punto di vista della concreta distorsione della volontà negoziale, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, a meno che non sia accertata direttamente l'avvenuta conclusione per effetto di condotte riprovevoli di un contraente”*⁴²⁷.

Alla luce delle osservazioni sino a qui esposte, si deve quindi concludere che, a differenza dei presupposti sui quali si innesta il percorso valutativo seguito dall'autorità amministrativa, orientata dal vincolo del consumatore medio e insensibile ad ogni specifica

⁴²⁵ *Ivi.*, par. 46.

⁴²⁶ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 697.

⁴²⁷ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 424 e ss.

considerazione attinente al contratto, l'accertamento demandato al giudice ordinario postula la sussistenza di requisiti differenti, esigendo il riscontro della effettiva influenza della pratica commerciale sul consenso espresso dal consumatore in relazione allo specifico rapporto contrattuale. La base di riferimento del giudizio non può quindi trovare fondamento nel modello astratto del consumatore medio, ma deve guardare alla posizione individuale del singolo consumatore protagonista della fattispecie rilevante nonché al complesso delle circostanze all'interno del quale si inserisce la conclusione del contratto medesimo⁴²⁸.

3.5 - L'elaborazione dottrinale in ordine agli strumenti di tutela civilistici fruibili dal consumatore e il problema della validità del contratto

Il dibattito dottrinale in merito alla individuazione dei rimedi di tutela individual-privatistica applicabili, a completamento del binario di tutela di tipo pubblicistico, a favore del consumatore ai danni del quale sia stata perpetrata una pratica commerciale scorretta, si è incentrato sul tema degli effetti che la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette determini sulla validità del contratto, la cui stipulazione sia stata preceduta o agevolata dall'adozione di una pratica commerciale scorretta.

Già nella fase anteriore al recepimento della direttiva ad opera del legislatore italiano, le riflessioni della dottrina, nel tentativo di fornire al legislatore utili indicazioni in ordine alla posizione da attuare in sede normativa circa la determinazione dei rimedi privatistici, auspicavano la selezione di un generale e univoco rimedio invalidatorio, da taluni commentatori coniugato in termini di nullità, da tal'altri quale causa di annullabilità del contratto concluso "a valle" della pratica commerciale scorretta⁴²⁹.

⁴²⁸ *Ivi*, pp. 421 e ss.

⁴²⁹ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 482.

La preliminare attività di indagine ermeneutica ha dunque riguardato, sotto il primo profilo, la possibilità di qualificare la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette quale inosservanza di una norma di carattere imperativo ovvero di argomentare in via analogica rispetto alle differenti ipotesi, già contemplate in ambito consumeristico, in cui il legislatore avesse testualmente comminato la sanzione della nullità; in questo senso, i sostenitori della tesi in esame hanno avuto modo di discorrere in merito all'applicabilità del rimedio della nullità *ex* articolo 1418 del Codice Civile, generalmente coniugato alla stregua di una nullità di protezione, quindi caratterizzata da una necessaria parzialità⁴³⁰.

Sotto il profilo dell'esperibilità del rimedio dell'annullamento del contratto, invece, le osservazioni della dottrina hanno interessato la possibilità di valutare l'effetto distorsivo della pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista alla stregua di un vizio del consenso, tale da determinare l'indebito turbamento della volontà negoziale del consumatore nella determinazione alla conclusione del contratto (*an*) ovvero circa le modalità e le condizioni contrattuali stabilite all'interno del regolamento negoziale (*quomodo*).

Nel silenzio legislativo, già in sede di commento alla direttiva, la questione problematica postasi all'attenzione dell'interprete ha quindi atteso alla possibilità di definire la pratica commerciale scorretta quale autonomo vizio del consenso "*nel presupposto che essa valga di per sé a fuorviare l'iter decisionale del singolo consumatore*"⁴³¹.

Soltanto in una fase successiva al recepimento, individuato il senso normativo della formula utilizzata dal legislatore italiano quale tacito rinvio all'impianto rimediale ricavabile dalla disciplina di diritto comune in materia contrattuale, ed esclusa la praticabilità di un principio di automatica incidenza del provvedimento dell'autorità amministrativa accertativo della scorrettezza della pratica commerciale sulla sorte del contratto concluso "a valle" della medesima, la dottrina ha proceduto ad operare una disarticolazione delle differenti fattispecie

⁴³⁰ Sul tema, si veda *infra*, capitolo 3.5.1.

⁴³¹ G. ADAMO, *Pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa* in AA.VV. *Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumatori* a cura di G. Cassano, A. Catricalà e R. Clarizia, Milano 2018, pp. 176-177.

rimediali ricavabili dal complessivo sistema del Codice Civile⁴³². In tale prospettiva, si è infatti messo in evidenza come le soluzioni potenzialmente attuabili, sotto il profilo rimediale, siano molteplici e diversificate in ragione di variabili che tengano conto della tipologia di violazione riscontrata, delle caratteristiche soggettive e degli interessi delle parti contraenti, del complesso di circostanze che abbiano indotto alla conclusione del contratto.

Peraltro, opportunamente si è evidenziato che il riferimento all'applicabilità di rimedi di tutela individuale desumibili dal sistema generale del Codice Civile non comporta il difettare di altre forme di tutela concesse al consumatore. Ad esempio, ove il consumatore sia indotto, sotto l'influsso di una pratica commerciale scorretta, a concludere un contratto a distanza o al di fuori dei locali commerciali in conseguenza di molestie o indebiti condizionamenti posti in essere dal professionista, si ammette pacificamente la possibilità per l'utente di avvalersi dell'esercizio del diritto di recesso di cui agli articoli 64 e seguenti del Codice del Consumo⁴³³.

Il dibattito dottrinale, all'esito del lungo processo di ricostruzione ermeneutica, è quindi più di recente approdato ad ammettere che, a fronte del silenzio normativo, nell'alveo degli strumenti di tutela astrattamente invocabili dai consumatori *uti singuli* non rientrano soltanto i rimedi di tipo invalidatorio, ma anche ulteriori rimedi di natura caducatoria o, per converso, rimedi diretti a garantire la conservazione del contratto, la cui concreta definizione ed esperibilità esige l'attuazione di una disamina di tipo individualistico che tenga conto della

⁴³² M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 482.

⁴³³ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 483, ricollega tale fattispecie alla pratica commerciale aggressiva di cui all'art. 26, c. 1, lett. b), Cod. Cons. ("effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale"). cfr.: L. DI NELLA, *op. cit.*, pp. 377-378.; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore in Obbl. contr.*, Torino 2009, p. 778 la quale evidenzia come lo stesso legislatore comunitario, al Considerando 10 della Direttiva 2005/29/CE statuisce che "(...) la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore (...)".

lesione intervenuta nell'ambito della sfera giuridica del consumatore e che risulti rapportata alle peculiarità della fattispecie in rilievo⁴³⁴.

La scelta del rimedio di tutela non può, infatti, prescindere da una valutazione diretta a misurare, tra gli altri, il pregiudizio sofferto (se pregiudizio risulti esservi in concreto) dal consumatore singolarmente considerato che sia stato vittima della scorrettezza del professionista, dovendo necessariamente siffatta scelta conformarsi alle esigenze della parte contraente, il cui interesse non necessariamente potrebbe coincidere con la rimozione del vincolo contrattuale e, quindi, con la caducazione del rapporto obbligatorio, potendo di fatto continuare a permanere una qualche utilità per il consumatore in ordine alla conservazione del rapporto tra le parti contraenti originarie.

Nell'ottica della selezione del rimedio più adeguato e coerente rispetto alle circostanze della fattispecie in rilievo, si è anche reso necessario tenere in considerazione come la condotta sleale del professionista sia suscettibile di incidere diversamente sul procedimento di maturazione del bisogno del consumatore circa l'opportunità di acquistare beni e servizi e, quindi, di raggiungere diversi livelli di influenza della volontà negoziale di quest'ultimo, in conseguenza della tecnica di negoziazione utilizzata, ma anche delle circostanze del contatto, delle modalità della contrattazione o delle caratteristiche soggettive dei contraenti⁴³⁵.

Nuove e ulteriori esigenze di protezione del consumatore sorgono, per esempio, nell'ambito del mercato telematico, ove l'utilizzo della rete Internet quale strumento di

⁴³⁴ *Ibid.* Nell'ambito dei rimedi caducatori diversi dallo strumento invalidatorio, per esempio, si è già evidenziata la praticabilità del rimedio del recesso dai contratti che siano stati conclusi a distanza dal consumatore, ravvisabile, in particolare, nelle fattispecie in cui si accerti la sussistenza di una pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva, quale quella *ex art. 26, comma 1, lett b) Cod. Cons.* (visite del professionista presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi,), ovvero quella di cui all'*art. 26, comma 1, lett c) Cod. Cons.* (ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza). L'autrice, inoltre, ravvisa dei margini per configurare, nell'ambito dei rimedi astrattamente invocabili, la possibilità per il consumatore di richiedere la riduzione del prezzo ovvero la risoluzione e il risarcimento dei danni *ex art. 132 Cod. Cons.*, dinanzi all'attuazione di una pratica commerciale in ogni caso ingannevole di cui all'*art. 23, c. 1, lett. b) Cod. Cons.* ("*esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione*"), ove la dichiarazione del professionista sia stata determinante della decisione del consumatore a contrarre.

⁴³⁵ A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, cit., pp. 182 e ss.

interazione tra le parti nella commercializzazione di beni e servizi se, da un lato, agevola il professionista nel ricorso a strumenti tecnici atti a condizionare le scelte dei consumatori, dall'altro lato, stante l'effetto di "delocalizzazione del consenso", rende difficile una preventiva e uniforme regolamentazione dei passaggi diretti allo scambio dei consensi, nella misura in cui ogni decisione di consumo e ogni contratto eventualmente concluso tra le parti appare inevitabilmente come il risultato di un processo unico e irripetibile⁴³⁶. Anche con riferimento al contratto concluso telematicamente tra professionista e consumatore, pertanto, si è rilevata la necessità di un effettivo controllo a presidio della integrità e della ponderazione delle scelte di consumo praticate dal singolo consumatore. E, parimenti, anche nel contesto della contrattazione telematica, è emersa l'inconsistenza del riferimento al parametro del consumatore medio quale modello atto a legittimare la produzione di un effetto univoco e automatico sul piano civilistico a fronte dell'adozione di una pratica sleale⁴³⁷.

Malgrado le considerazioni appena svolte e, nella consapevolezza degli approdi raggiunti dalle riflessioni della dottrina sul tema, essendosi quest'ultima orientata alla ricerca di specifici rimedi a tutela del consumatore che consentano di tenere in debito conto delle caratteristiche precipue della pratica commerciale e della fattispecie in rilievo, prescindendo dalla operatività di automatismi applicativi di sorta, ragioni di coerenza espositiva precludono la possibilità di indagare nello specifico le singole prospettive di tutela contrattuale elaborate dalla dottrina. In conformità alle finalità della presente trattazione, che prende le mosse dall'esigenza di valutare la potenziale incidenza della pratica commerciale scorretta sulla volontà negoziale del consumatore, si rende invece opportuno analizzare più nello specifico le osservazioni desunte da quella parte della dottrina che, a tutela della libertà contrattuale del singolo consumatore, ha ravvisato nel rimedio invalidatorio lo strumento civilistico più adeguato a soddisfare le esigenze del consumatore leso dall'effetto indebitamente

⁴³⁶ F. RENDE, *op. cit.*, pp. 735 e ss.

⁴³⁷ *Ivi*, pp. 742 e ss.

condizionante di una pratica commerciale scorretta che lo abbia indotto alla stipulazione di un contratto con il professionista. Nel prosieguo della trattazione si provvederà quindi ad una disamina delle opinioni dottrinali, sviluppatasi sin dall'emanazione della Direttiva 2005/29/CE, dirette a indagare i profili di compatibilità tra la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette e i rimedi invalidatori, nel tentativo di evidenziare, alla luce del parallelismo tra la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali scorrette e la normativa codicistica sulle cause di nullità e di annullabilità del contratto, gli aspetti di maggior rilievo e i limiti intrinseci agli orientamenti così formulati.

3.5.1 - I rimedi invalidatori: la nullità del contratto

Nell'ambito delle differenti soluzioni prefigurate in merito alla determinazione dei rimedi privatistici operanti a tutela del consumatore, una parte minoritaria della dottrina, sebbene con argomentazioni di ordine differente, già anteriormente all'attuazione della Direttiva 2005/29/CE ad opera del legislatore italiano aveva individuato nella nullità del contratto il rimedio di carattere generale invocabile nell'ipotesi di accertata violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, cui avesse fatto seguito l'instaurazione di un rapporto contrattuale tra consumatore e professionista⁴³⁸.

Nello specifico, il rimedio della nullità è stato comunemente coniugato alla stregua di una “*nullità di protezione*”, quale regola di giustizia sociale operante soltanto a salvaguardia del consumatore, il quale, nel contesto della relazione negoziale con il professionista, si pone quale parte meritevole di protezione giuridica poiché economicamente e contrattualmente più

⁴³⁸ Prime considerazioni atte ad avvalorare la tesi della nullità quale forma di tutela individual-privatistica a favore del consumatore sono state svolte da: L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., pp. 62 e ss.; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole* in *Contr.*, 12, Milano 2007, pp. 1120 e ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, cit., pp. 260 e ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., pp. 171 e ss., la cui posizione iniziale è stata poi rimodulata in A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., pp. 59 e ss.

debole e lesa nel suo diritto all'autodeterminazione⁴³⁹. La nullità di protezione, secondo la dottrina citata, rilevarebbe quindi a vantaggio della sola parte protetta, essendo nullità *“necessariamente parziale, a prescindere dalla volontà anche ipotetica della controparte”* e, tuttavia, poiché connessa alla realizzazione di un interesse di ordine generale, sarebbe ulteriormente connotata dalla imprescrittibilità e dalla rilevabilità d'ufficio⁴⁴⁰.

Differenti, tuttavia, sono stati i percorsi interpretativi che hanno condotto taluni commentatori a generalizzare la sanzione della nullità di protezione quale forma di tutela individual-privatistica invocabile in materia di pratiche commerciali sleali.

In primo luogo, a sostegno dell'applicabilità del rimedio della nullità a garantire la dovuta tutela individuale del consumatore a fronte dell'adozione di pratiche commerciali scorrette che l'avessero indotto indebitamente alla contrattazione, si è argomentato nel senso di un'applicazione analogica della disposizione di cui al vigente articolo 67 *septies-decies*, comma 4 del Codice del Consumo⁴⁴¹, nel cui ambito il legislatore ha testualmente contemplato la sanzione della nullità del contratto concluso in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari con i consumatori, intesa quale nullità di protezione (*“La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore”*⁴⁴²), per regolare la fattispecie della pratica commerciale scorretta *ivi* integrata⁴⁴³ ed integrante la frode, da parte del professionista, di un ostacolo a consentire al consumatore l'esercizio del diritto di recesso, ovvero il rifiuto a rimborsare le somme pagate o la violazione degli obblighi di informativa precontrattuale tali da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto⁴⁴⁴.

⁴³⁹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, cit., pp. 260 e ss.; L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali “aggressive”*, cit., p. 376, qui l'autore si richiama in via analogica al rimedio della nullità contemplato in altri settori normativi e, in particolare, rimanda all'art. 36 Cod. Cons., art. 127, c. 2, TUB, art. 23, c. 3, TUF.

⁴⁴⁰ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 171.

⁴⁴¹ Art. 67 *septies-decies*, c. 4, D. Lgs. 206/2005: *“Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”*.

⁴⁴² Art. 67 *septies-decies*, c. 5, D. Lgs. 206/2005.

⁴⁴³ Art. 22, c. 4, lett. e), D. Lgs. 206/2005.

⁴⁴⁴ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., pp. 62 e ss.

Secondo un diverso orientamento⁴⁴⁵, il ricorso al rimedio della nullità troverebbe invece la sua giustificazione nella constatazione che il fenomeno della distorsione della volontà del consumatore, nell'ambito del sistema gius-consumeristico, venga tradizionalmente sanzionato proprio attraverso la comminatoria della nullità; a tal fine, si è richiamata la disciplina delle clausole vessatorie inserite nei contratti dei consumatori (articolo 36 del Codice del Consumo), per offrire all'interprete un emblematico strumento analogico a completamento del sistema rimediale iniziato dal legislatore.

In questa prospettiva, il rimedio della nullità si configurerebbe quale meccanismo di reazione a fronte di comportamenti del professionista che, servendosi di una pubblicità menzognera e scorretta ovvero omettendo dati rilevanti o veicolando informazioni errate sia in grado di pregiudicare la libertà contrattuale dei consumatori, determinandoli alla stipulazione di contratti che, lungi dal rappresentare l'esito di una scelta libera e ponderata, sarebbero invece connotati da *“una irrazionalità (e quindi invalidità) nascente dall'abuso”*, perché conclusi in difetto delle informazioni e degli elementi di valutazione utili all'assunzione di una determinazione negoziale libera e ponderata⁴⁴⁶.

Invero, le pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, inducendo il consumatore ad adottare, sulla base di elementi di valutazione falsati, una decisione che, in assenza della condotta scorretta del professionista, non avrebbe altrimenti preso, sono suscettibili di incidere sulla libera formazione del consenso dell'utente, alterandone la capacità di effettuare scelte consapevoli e ponderate.

Entrambe le argomentazioni volte a sostenere l'operatività del rimedio della nullità sono però apparse scarsamente convincenti e, pertanto, sono divenute oggetto di contestazione tra gli interpreti, che ne hanno messo in evidenza gli aspetti di maggiore criticità⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., pp. 171 e ss.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, ove testualmente si riferisce: *“Sia l'azione ingannevole infatti, che la pratica aggressiva, sono giudicate tali quando inducano il consumatore, o siano comunque idonee ad indurlo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

⁴⁴⁷ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 171, riferisce di altra posizione dottrinale a favore della nullità di protezione, che argomenta sulla base dell'art. 143 Cod. Cons., inteso

In particolare, a tali ricostruzioni si è opposto che le *nullità testuali* generalmente previste nell'ambito della disciplina consumeristica sono disposte in relazione a circostanze specifiche, all'interno delle quali la comminatoria della nullità è specificamente disposta a garantire un elevato livello di tutela della parte ritenuta meritevole di protezione dall'ordinamento giuridico. Tali ipotesi di *nullità testuali*, del resto, sono volte a regolamentare fattispecie eterogenee e scarsamente conciliabili, in via di interpretazione analogica, con il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, anche perché difficilmente generalizzabili in relazione alla violazione di una normativa ampia e complessa, come quella di cui si discorre in tale sede, che coinvolge una pluralità di comportamenti di differente natura. Nello specifico, si è messa in luce la difficoltà di conformare la nullità delle clausole vessatorie alla materia delle pratiche commerciali scorrette, e ciò in ragione della difformità dei presupposti applicativi che connotano le due discipline nonché per la configurabilità della nullità *ex* articolo 36 del Codice del Consumo alla stregua di una nullità soltanto "parziale", che non determina necessariamente la caducazione dell'intero contratto e che presuppone, in linea di principio, la praticabilità di una sua integrazione attraverso l'applicazione della regola suppletiva ricavabile dalla disciplina generale del contratto⁴⁴⁸. Soluzione, invero, non sempre praticabile in relazione alla disciplina *de qua*, ove, a fronte di talune fattispecie di pratiche commerciali scorrette che non si limitino ad incidere sulla definizione delle condizioni contrattuali (*quomodo*), bensì condizionino la scelta del consumatore a concludere il contratto (*an*), non si consentirebbe di concepire una nullità soltanto parziale, poiché "*non ci sono parti del contratto da eliminare lasciando in piedi la rimanente parte*"⁴⁴⁹.

alla stregua di una norma di chiusura che rappresenta lo statuto generale di tutte le nullità previste nel Codice del Consumo. L'autrice, però, opportunamente rileva come a fondamento di tale posizione si ponga una interpretazione erronea della norma, nella misura in cui la disposizione di cui all'art. 143 si limita a prevedere la nullità della eventuale clausola di rinuncia pattizia ai diritti del consumatore, e non potrebbe pertanto qualificarsi quale norma dalla quale ricavare la nullità di ogni pattuizione contraria ai diritti del consumatore.

⁴⁴⁸ A. MIRONE, *op. cit.*, p. 313; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 270.

⁴⁴⁹ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 270; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 718.

Con l'obiettivo di evidenziare i limiti della posizione dottrinale che avvalta l'operatività del rimedio della nullità, inoltre, si è rilevata l'inconsistenza della deduzione per cui l'apparato rimediario contemplato nel sistema consumeristico sarebbe uniformemente orientato verso la sanzione della nullità, segnalandosi, per converso, la sua caratterizzazione nel senso di una multiformità dei rimedi previsti, tra i quali basti pensare alla esplicita previsione volta ad accordare al consumatore l'esercizio del diritto di recesso (articolo 67 *duodecies* del Codice del Consumo) o al peculiare strumento dello *ius poenitendi* azionabile nei contratti a distanza o negoziati al di fuori dei locali commerciali (articolo 52 del Codice del Consumo)⁴⁵⁰.

D'altra parte, si osserva che ammettere la praticabilità della nullità quale rimedio generale operante a tutela del consumatore leso nella sua libertà di autodeterminazione comporterebbe il rischio di pregiudicare la stabilità del sistema economico, in quanto la caducazione del negozio nullo, aggravata dall'incertezza derivante dall'imprescrittibilità della relativa azione, verrebbe di fatto a collidere con le dichiarata prerogativa di assicurare il buon funzionamento dell'attività commerciale. Tanto più che il rimedio della nullità, così inteso, non sarebbe neppure graduabile, a differenza dei rimedi dell'annullabilità e del risarcimento del danno, in ragione della specifica incidenza fattuale che la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette abbia determinato in merito alla formazione del consenso in capo al singolo consumatore⁴⁵¹.

In una diversa prospettiva, si è invece argomentato, a sostegno del rimedio della nullità, nel senso che esso si qualificherebbe quale utile strumento connesso all'inosservanza di norme disposte a presidio dei diritti fondamentali del consumatore “*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*”⁴⁵² nonché “*all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà*”⁴⁵³. In altri termini, secondo taluni commentatori,

⁴⁵⁰ *Ivi*, p. 275; A. MIRONE, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁵¹ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 694; C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 778; M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., pp. 275-276; A. MIRONE, *op. cit.*, p. 317.

⁴⁵² Art. 2, c. 2, lett. c, D. Lgs. 206/2005.

⁴⁵³ Art. 2, c. 2, lett. c-bis, D. Lgs. 206/2005.

la lesione dei predetti fondamentali diritti del consumatore potrebbe trovare idonea sanzione soltanto nella nullità, e ciò sul presupposto per cui la correttezza dell'informazione e la lealtà della condotta del professionista assurgano a bene della vita oggetto di un diritto essenziale del consumatore, preordinato alla libera espressione della parte contraente nell'ambito dei meccanismi di scambio che si realizzino in seno al rapporto contrattuale⁴⁵⁴.

A sostegno di tali argomentazioni, si è inoltre osservato come la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette acquisti rilevanza pregnante anche sotto il profilo dell'ordine pubblico economico, nella misura in cui la sua inosservanza si traduce in attività e comportamenti del professionista suscettibili di orientare le scelte degli acquirenti finali di beni e servizi e quindi risultino tali da alterare anche la genuinità dei meccanismi concorrenziali del mercato in pregiudizio dei concorrenti onesti. E del resto, la normativa sulle pratiche commerciali scorrette, essendo preordinata alla salvaguardia di valori e di interessi di carattere generale, assume *“il rango di statuto dotato del crisma dell'imperatività perché custodisce situazioni soggettive la cui lesione rappresenta un attentato ad interessi di rango costituzionale”*⁴⁵⁵.

Sul presupposto della natura imperativa della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, si è quindi inteso affermare che la nullità del contratto troverebbe il suo fondamento normativo nel 1° comma dell'articolo 1418 del Codice Civile⁴⁵⁶, qualificandosi alla stregua di una *nullità virtuale* per contrarietà a norme imperative⁴⁵⁷.

L'argomentazione in esame, tuttavia, viene inevitabilmente a scontrarsi, come del resto si è dato atto nel successivo dibattito dottrinale⁴⁵⁸, con gli orientamenti già espressi da taluni commentatori e successivamente consolidatisi in giurisprudenza, in ragione della posizione assunta dalla Corte di Cassazione, pronunciatasi a Sezioni Unite, in merito alla operatività della

⁴⁵⁴ R. CALVO, *Le pratiche commerciali “ingannevoli”*, cit., pp. 260 e ss.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Art. 1418, c. 1, c.c.: *“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”*.

⁴⁵⁷ L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali “aggressive”*, cit., pp. 368 e ss.

⁴⁵⁸ Per approfondimenti, si rimanda a N. ZORZI GALGANI, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 173 e ss.

sanzione della *nullità virtuale* del contratto a fronte della violazione di norme imperative recanti una regola di comportamento.

La problematica questione della nullità del contratto per supposta contrarietà a norma imperativa, infatti, si era da tempo già posta all'attenzione della dottrina in un diverso settore normativo. In particolare, con riguardo all'articolo 21 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF)⁴⁵⁹, si era in passato rilevato un indebito ed eccessivo ricorso allo strumento della *nullità virtuale* del contratto quale meccanismo sanzionatorio azionato a fronte della violazione degli obblighi di informazione e trasparenza incombenti in capo alla banca o all'intermediario finanziario nell'ambito di operazioni di prestazione di servizi e di attività di investimento, nell'ipotesi in cui la mancata osservanza degli obblighi di condotta fosse stata tale da non consentire al risparmiatore di ottenere una corretta informazione in merito alla scelta di investimento e all'operazione contrattuale, cui fosse quindi stato indotto per effetto di una informazione carente o inadeguata.

In tali fattispecie, data la qualificazione dell'articolo 21 del TUF quale norma di carattere imperativo poiché preordinata, nell'interesse pubblico, a salvaguardare non soltanto l'interesse del risparmiatore, ma anche la funzionalità del mercato e la fiducia nello stesso riposta dagli investitori, erano emerse pronunce giurisprudenziali che riconnettevano la violazione della norma in oggetto alla sanzione della *nullità virtuale*⁴⁶⁰.

A fronte di tali orientamenti, parte della dottrina constatava come la *nullità virtuale* del contratto, frequentemente invocata dalla giurisprudenza di merito quale rimedio all'inosservanza di norme di comportamento che imponessero, tra gli altri, obblighi di informazione in capo alle parti contraenti, ingenerasse delle importanti problematiche quanto all'inquadramento dei rapporti e alla tradizionale dicotomia tra *regole di validità* e *regole di comportamento* (o di *correttezza*): le prime contenenti l'indicazione degli elementi strutturali e

⁴⁵⁹ Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998

⁴⁶⁰ A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corr. giur.*, f. 1, Milano 2008, pp. 107 e ss.

delle condizioni di validità del contratto; le seconde atte a imporre regole di condotta a carico delle parti, a garanzia della lealtà e della correttezza della contrattazione⁴⁶¹.

La tematica controversa tra gli interpreti, in particolare, aveva riguardato la definizione delle conseguenze suscettibili di prodursi sul piano della validità del contratto stipulato tra le parti a seguito della inosservanza, nella fase della formazione del contratto, di una norma rientrante nell'alveo delle regole di comportamento.

E segnatamente, in materia di intermediazione finanziaria, si contestava la possibilità di comminare la sanzione della *nullità virtuale* al contratto di vendita di prodotti finanziari nel quale si fossero concretizzate le determinazioni del contraente-risparmiatore, nell'ipotesi in cui fosse stata accertata l'inosservanza, in sede di trattative negoziali, degli obblighi di informazione e trasparenza espressamente contemplati dal legislatore ai sensi dell'articolo 21 del TUF. Invero, pur essendone riconosciuta pacificamente la natura di norma imperativa, poiché posta a presidio di interessi pubblicistici, un orientamento dottrinale più critico evidenziava come la norma in oggetto non avesse riguardo ad elementi concernenti la validità del contratto, bensì attenesse al mero profilo del comportamento delle parti contraenti e, nella specie, dell'intermediario finanziario; su questa premessa, la norma si includeva pertanto nell'alveo delle regole di condotta, la cui violazione si reputava insuscettibile di determinare *ex se* la nullità del contratto *ex* articolo 1418, 1° comma del Codice Civile, in quanto la *nullità virtuale* “*postula che contrario alla norma imperativa sia il contratto come atto di autonomia e non già la condotta scorretta di uno dei contraenti*”⁴⁶².

Sul tema, in particolare, si contrapponevano due orientamenti divergenti.

Da un lato, quello confortato dalle numerose pronunce di merito volte a statuire che, pur in assenza di una espressa previsione legislativa a comminare testualmente la sanzione della nullità del negozio giuridico, l'illegittimità della condotta assunta nella fase della formazione

⁴⁶¹ R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 283 e ss.

⁴⁶² A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 109.

del vincolo negoziale, assumendosi quale determinante per la controparte nella prestazione del consenso alla contrattazione, legittimasse l'applicazione del rimedio della *nullità virtuale*⁴⁶³.

Dall'altro lato, invece, quanti, a sostegno di un principio di *non interferenza* o di *autonomia* tra regole di validità e regole di comportamento, in difetto di una contraria previsione legislativa, riconnettevano alla violazione di una norma di correttezza nella fase delle trattative negoziali e della formazione del contratto la produzione di effetti suscettibili di esplicarsi unicamente sul piano della responsabilità precontrattuale o contrattuale, con conseguenze in ordine al mero profilo risarcitorio o, eventualmente, a quello risolutorio del contratto, "*giammai comunque su quello della validità dell'atto*"⁴⁶⁴. In senso conforme, del resto, si era già recentemente espressa la Corte di Cassazione, affermando che "*la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c. quale causa di nullità del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto (...) a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore*"⁴⁶⁵.

Alla stregua di tale orientamento si escludeva, inoltre, che la violazione della regola della buona fede *in contrahendo*, quale canone paradigmatico entro il quale emblematicamente

⁴⁶³ Così, *ex multis*: Trib. Cagliari, sentenza del 2 gennaio 2006, in *ilcaso.it* ("*...*) Più corretto è, infatti, il rimedio della nullità essendo le norme contenute nel d. lgs. n. 58/1998 chiaramente strumentali al perseguimento di interessi pubblicistici di rango costituzionale, quali la tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico, della stabilità del sistema finanziario e dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, sicché la loro natura imperativa non sembra poter essere posta in discussione"); Trib. Torino, sentenza del 7 novembre 2005, in *ilcaso.it*; Trib. Marsala, sentenza del 12 luglio 2005, in *ilcaso.it*. Fin.; Trib. Parma, sentenza del 6 luglio 2005, in *ilcaso.it*.

⁴⁶⁴ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 40.

⁴⁶⁵ Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 19024 del 29 Settembre 2005, in *ilcaso.it*, che prosegue: "*Né potrebbe sostenersi che l'inosservanza degli obblighi informativi (...), impedendo al cliente di esprimere un consenso "libero e consapevole" avrebbe reso il contratto nullo sotto altro profilo, per la mancanza di uno dei requisiti "essenziali" (anzi di quello fondamentale) previsti dall'art. 1325 c.c. Invero, le informazioni che debbono essere preventivamente fornite dall'intermediario, (...), non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma (soltanto) elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi della mancanza di consenso.*"

sarebbero sintetizzabili le regole di condotta, potesse integrare gli estremi per l'applicazione della sanzione della invalidità negoziale⁴⁶⁶.

Il contrasto giurisprudenziale emerso sulla annosa tematica ha comportato che della questione venissero ad essere investite le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁶⁷.

Con le note sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre del 2007⁴⁶⁸, le Sezioni Unite hanno ribadito la necessaria distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, riaffermando l'impostazione tradizionale secondo la quale, ove non espressamente contemplata dalla legge, solo la violazione di norme imperative concernenti la validità del contratto è idonea a determinarne la nullità *ex* articolo 1418, 1° comma del Codice Civile. Per converso, la violazione di norme, anch'esse imperative, e tuttavia concernenti il comportamento delle parti contraenti, può invece costituire fonte di responsabilità per la parte inadempiente al generale dovere di protezione della controparte o agli specifici obblighi di prestazione previsti *ex lege*.

Nello specifico, pronunciandosi in materia di intermediazione finanziaria, le Sezioni Unite hanno affermato che l'inosservanza degli obblighi di trasparenza e informazione ovvero di corretta esecuzione delle operazioni, posti dal legislatore a carico degli intermediari

⁴⁶⁶ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 40; cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 3, Milano 2008, pp. 599 e ss. Nello stesso senso, del resto, si era già posta una risalente pronuncia della Cassazione, secondo la quale "la disposizione dell'art. 1337 Cod. civ. - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto - è (al pari di quelle degli artt. 1175 e 1375 Cod. civ.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le "norme imperative", aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma dell'art. 1418 Cod. civ., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata" (Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 5610 del 18 ottobre 1980, in *Ventiquattrore Avvocato*).

⁴⁶⁷ L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite è la Cass. civ., Sez. I, ordinanza n. 3686 del 16 Febbraio 2007, in *Corr. Giur.*, nella cui massima, che si ritiene opportuno riportare in tale sede ai fini di una migliore comprensione della tematica, si legge: "Si rimette alle Sezioni Unite il contrasto di giurisprudenza in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione dei doveri informativi degli intermediari finanziari. All'orientamento secondo il quale «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 primo comma, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a tale ipotesi» si contrappone quello per cui «in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418 comma primo, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità".

⁴⁶⁸ Cass., Sez. Un., sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007 in *PlusPlusDiritto*.

finanziari, in difetto di espressa previsione normativa, “*non incide sulla genesi dell’atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità*”⁴⁶⁹; può dar luogo, invero, a responsabilità precontrattuale, ove l’inosservanza alle norme di comportamento inerisca alla fase prenegoziale ovvero alla fase coincidente alla stipulazione del contratto, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ovvero può ingenerare una responsabilità di natura contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto, qualora si tratti di violazioni commesse nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.

La nullità del contratto non discende, pertanto, dalla violazione di una qualsivoglia norma imperativa. A tal fine, è invero necessario che la norma imperativa attenga ad elementi intrinseci al contratto, quali la struttura o il contenuto del regolamento contrattuale delineato dalle parti, non invece ad elementi estrinseci che rimangono al di fuori della fattispecie negoziale, quali i comportamenti assunti dalle parti nella fase precontrattuale o durante l’esecuzione del contratto, la cui illegittimità è invece suscettibile di dar luogo a responsabilità contrattuale o precontrattuale, senza determinare l’invalidità dell’atto.

In altri termini, salvo che la legge disponga diversamente, è il contratto, e non il comportamento di una delle parti contraenti, che deve risultare contrario a norme imperative al fine di consentire l’applicabilità della sanzione della *nullità virtuale*.

Le conclusioni prospettate dalle Sezioni Unite della Cassazione in merito alla *vexata quaestio* dei rapporti tra violazione di regole di comportamento e *nullità virtuale* del contratto, sebbene precipuamente riferite al contratto di intermediazione finanziaria, manifestano un’indubbia utilità anche in relazione alla tematica che interessa la presente trattazione, poiché consentono di ricavare un principio di ordine generale che tende a sovvertire la posizione di quanti hanno affermato l’operatività del rimedio della *nullità virtuale*, nell’ipotesi in cui il

⁴⁶⁹ Cass., Sez. Un, sentenza n. 26724 del 19 dicembre 2007 in *PlusPlusDiritto*, par. 1.6.

professionista, violando il divieto di porre in essere una pratica commerciale scorretta, abbia determinato il consumatore alla stipulazione di un contratto.

In tale prospettiva, infatti, occorre osservare che il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette integra l'inosservanza di una regola di comportamento, in quanto norma diretta a incidere sulla *condotta* del professionista e non sull'intrinseco del regolamento negoziale. Le pratiche commerciali scorrette, del resto, configurano *comportamenti* vietati dall'ordinamento giuridico, che il professionista pone in essere al fine di indurre il consumatore ad assumere una data decisione di natura commerciale suscettibile di concretizzarsi nella conclusione di un determinato contratto. Traslando all'ambito delle pratiche commerciali scorrette il principio affermato dalle Sezioni Unite, si rileva come, in difetto di una previsione legislativa che espressamente ricollegghi la nullità di quel contratto alla scorrettezza del professionista (*nullità testuale*), l'illegittimità della pratica commerciale scorretta non sia idonea a determinarne *ex se* la nullità, dovendo infatti escludersi che il contratto concluso dal consumatore "a valle" di una pratica commerciale scorretta possa, per ciò solo, ritenersi affetto da un difetto strutturale tale da giustificare la comminatoria della sanzione della nullità.

E invero, la condotta antiggiuridica del professionista che integri la violazione di un obbligo legale di comportamento, quale l'inosservanza del divieto di perpetrare ai danni del consumatore una pratica commerciale aggressiva o ingannevole, anche qualora sia stata tale da influenzare in modo determinante la volontà negoziale della controparte, inducendolo alla contrattazione o orientandolo a definire un determinato regolamento negoziale, in assenza di una specifica disposizione normativa, non sarebbe di per sé idonea a fondare la costruzione di un assetto di interessi vietato dalla legge, e ciò perché in tale circostanza il legislatore non esprime disapprovazione per il contenuto del contratto, che è quindi valido e vincolante, ma solo per le modalità che ne hanno determinato la formazione⁴⁷⁰. A tal fine non sarebbe infatti permesso di invocare la norma di cui all'1418, comma 1 del Codice Civile, poiché essa postula

⁴⁷⁰ A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 109.

che la contrarietà alla norma imperativa investa il contratto, inteso quale atto di autonomia negoziale, e non la condotta tenuta da una delle parti contraenti.

In definitiva, il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite della Cassazione ha permesso di rilevare l'inconsistenza della posizione dottrinale che teorizza l'operatività del rimedio della *nullità virtuale*: la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, qualificabile quale inosservanza di una regola di comportamento e pertanto inidonea ad incidere sulla struttura o sul contenuto del regolamento contrattuale, pur potendo assurgere a fonte di responsabilità precontrattuale o contrattuale, non consente il ricorso alla nullità, quantomeno nella forma della *nullità virtuale*⁴⁷¹.

Sebbene l'applicazione dei criteri e delle argomentazioni dedotte dalle Sezioni Unite della Cassazione conducano l'interprete ad escludere l'operatività della *nullità virtuale* quale rimedio generale a tutela del consumatore ove siano integrati gli estremi delle fattispecie previste dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, non sembra tuttavia opportuno escludere in via aprioristica la sussistenza di limitati margini di applicabilità del rimedio della nullità per ragioni autonome e ulteriori, che prescindano da una valutazione strettamente correlata all'ambito della nullità per contrarietà a norma imperativa.

D'altronde, nell'ambito delle menzionate sentenze, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite prende atto della facoltà del legislatore di intervenire, con disposizioni particolari, a isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità, e dunque riconducendole all'ambito delle *nullità testuali* contemplate dal terzo (e non dal primo) comma dell'articolo 1418 del Codice Civile⁴⁷².

In tale prospettiva, un'indagine ermeneutica condotta alla luce del complessivo sistema delineato dal Codice Civile e dal Codice del Consumo consentirebbe di rilevare la sussistenza

⁴⁷¹ Questa la tesi sostenuta da: C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 779 e ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 181 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 718. In senso critico, invece: M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., pp. 273 e ss.; L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali "aggressive"*, cit., pp. 373 e ss.

⁴⁷² Cass., Sez. Un., sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007 in *PlusPlusDiritto*, par. 1.6.

di ipotesi di nullità che possano singolarmente ricondursi all'ambito di applicazione delle pratiche commerciali scorrette. Una fattispecie di *nullità testuale*, per esempio, verrebbe ad essere integrata, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, ove il professionista ponga in essere, nei confronti del consumatore, una pratica commerciale ingannevole consistente in una omissione informativa che si traduca nella mancata indicazione della *“esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto”*⁴⁷³. Circostanza, evidentemente, estranea al contesto di operatività della *nullità virtuale*, vertendosi, invece, in tema di *nullità testuale*⁴⁷⁴.

D'altro canto, il ragionamento della Cassazione non risulterebbe disatteso neppure qualora si ammettesse l'esperibilità del rimedio della nullità a fronte della violazione di una norma di comportamento che penetri all'interno del contenuto del contratto attraverso uno degli elementi rilevanti *ex* articolo 1418, comma 2 del Codice Civile. Si reputa, infatti, che il sistema dell'articolo 1418 del Codice Civile debba essere interpretato unitariamente, *“inducendo a ritenere che solo la violazione di una norma imperativa la quale si traduca nella mancanza di un elemento essenziale, illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti e determinante del loro consenso, mancanza dei requisiti dell'oggetto, illiceità della condizione, consenta questa penetrazione della violazione all'interno del contenuto del contratto, determinandone l'illiceità”*⁴⁷⁵. Fattispecie, parimenti, aliena da ogni considerazione tesa a suffragare l'operatività del meccanismo della *nullità virtuale*. Il rilievo, coniugato alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, permetterebbe infatti di invocare il rimedio della nullità ai sensi del secondo (e non primo) comma dell'articolo 1418 del Codice Civile, nell'ipotesi in cui si accerti l'adozione, ad opera del professionista, di fattispecie di pratiche

⁴⁷³ Art. 22, c. 4, lett. e), D. Lgs. 206/2005.

⁴⁷⁴ Art. 67 *septies-decies*, c. 4, D. Lgs. 206/2005.

⁴⁷⁵ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 236.

commerciali scorrette che, incidendo sugli elementi costitutivi del contenuto contrattuale, siano in grado di ingerirsi nel regolamento negoziale, determinandone quindi la nullità⁴⁷⁶.

Parimenti, il rimedio della nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto o per il difetto dell'accordo delle parti (articoli 1418, comma 2, e 1325, comma 1, del Codice Civile) appare l'unico mezzo di tutela astrattamente concepibile a fronte di un abuso del professionista talmente grave da concretizzarsi in una pratica commerciale suscettibile di rendere radicalmente nulla la volontà negoziale del consumatore, impedendogli l'assunzione di una qualsivoglia scelta negoziale o finanche precludendogli la conoscenza in merito alla intervenuta instaurazione del rapporto contrattuale⁴⁷⁷.

3.5.2 - I rimedi invalidatori: l'annullabilità del contratto

Nel contesto dell'elaborazione dottrinale tesa a individuare le più adeguate forme di tutela individual-privatistica preordinate a garanzia del consumatore che sia stato leso nella sua libertà di autodeterminazione negoziale, l'incidenza della pratica commerciale scorretta sulla invalidità del contratto concluso "a valle" di una pratica siffatta è stata comunemente invocata tra i commentatori nella forma dell'annullabilità del contratto *per vizio del consenso*, sul

⁴⁷⁶ C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 780-781, il quale osserva: "se il "prodotto" oggetto di vendita al consumatore dovesse rivelarsi "inesistente", il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., c.c.) perchè il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 21, 1° co., lett. a, c. cons.) abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui il suo "oggetto" dovesse risultare carente del requisito della "possibilità"(art. 1346 c.c.); se la vendita del "prodotto" dovesse rivelarsi "illecita", il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., c.c.) perchè il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 23, 1° co., lett. i, c. cons.) abbia falsamente affermato o generato comunque l'impressione che detta vendita fosse lecita, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui "illeciti" dovessero risultare la sua "causa" o il suo "oggetto" (artt. 1343 e 1346 c.c.); se l'acquisto effettuato dal consumatore dovesse rivelarsi frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., c.c.) perchè il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 24 c. cons.) abbia posto in essere una "pratica commerciale aggressiva" in danno del consumatore, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui detta "pratica" dovesse aver determinato il difetto di quel "requisito essenziale" del contratto costituito dal "consenso"(art. 1325, 1° co., n. 1, c.c.)". (cfr. M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 482, riconduce la violazione degli obblighi di informazione attinenti alla specificazione delle caratteristiche del prodotto o alla mancata o ambigua indicazione del prezzo, alle sue modalità di calcolo e alle eventuali spese aggiuntive (art. 22, c. 4, lett. a) e c), Cod. Cons.) alla fattispecie della nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, ove non sia peraltro possibile la sua determinazione *per relationem*).

⁴⁷⁷ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 183.

presupposto per cui le singole fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive delineate dal legislatore comunitario e, quindi, da quello italiano in sede di recepimento sembrerebbero, di fatto, evocare le categorie civilistiche del dolo e della violenza morale⁴⁷⁸.

Alla disamina della soluzione, ampiamente prefigurata in dottrina, in ordine all'annullamento del contratto per vizi della volontà, sembra tuttavia opportuno anteporre delle preliminari considerazioni in merito ad una diversa e peculiare posizione⁴⁷⁹, rimasta tuttavia isolata nel dibattito dottrinale: facendo leva su una concezione del consumatore incentrata sulla sua natura intrinsecamente emotiva e irrazionale, in relazione alla sorte del contratto stipulato in conseguenza dell'effetto distorsivo della pratica commerciale scorretta, si è prospettata l'esperibilità del rimedio dell'annullamento *per incapacità naturale* del consumatore, qualora nel caso di specie fosse accertata la ricorrenza dei presupposti indicati dal legislatore (articolo 428 del Codice Civile⁴⁸⁰, richiamato dal secondo comma dell'articolo 1425⁴⁸¹).

A sostegno di tale singolare posizione, si è argomentato nel senso di valorizzare la presenza della disgiuntiva “o” contemplata nella definizione normativa di incapacità di “*intendere o di volere*” di cui all'articolo 428 del Codice Civile: valorizzazione atta ad attribuire pregnante rilievo alla distinzione tra le due componenti, nell'obiettivo di delineare il concetto di incapacità naturale alla stregua di una clausola generale “duttile” e “aperta”, agevolmente adattabile in relazione all'evolversi del contesto sociale e tecnologico. Su tale premessa, si è quindi asserito che, ad integrare il presupposto soggettivo che legittima la proposizione

⁴⁷⁸ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 238; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 921 e ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 776 e ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 408 e ss.; A. COSTA, *op. cit.*, p. 250; G. DALLE VEDOVE, *op. cit.*, pp. 117 e ss.; A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 698 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 718.

⁴⁷⁹ A. NOBILE, *op. cit.*, pp. 193 e ss.

⁴⁸⁰ Art. 428, c.c.: “*Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. Resta salva ogni diversa disposizione di legge*”.

⁴⁸¹ Art. 1425, c.c.: “*Il contratto è (...) parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere*”.

dell'azione di annullamento del contratto *ex* articolo 428 del Codice Civile, sia sufficiente una mera alterazione dello stato psichico che interessi, alternativamente, la sfera dell'intendere (definita come l'incapacità di comprensione in merito al contenuto, al valore e agli effetti del contratto) *ovvero* quella del volere (intesa come mancanza di una reale volontà di contrarre, correlata al difetto della capacità di autodeterminazione della parte contraente rispetto allo scopo perseguito con la contrattazione)⁴⁸².

In altri termini, a fondare la legittimazione per agire in annullamento per causa di incapacità di intendere o di volere, non sarebbe necessario un *vulnus* assoluto nella capacità del soggetto contraente, tale da ricomprendere una sostanziale elisione di entrambi gli elementi, essendo a tal fine sufficiente la menomazione di uno soltanto dei due aspetti in rilievo.

In tal senso, rilevando come la stessa Corte di Cassazione avesse ritenuto necessario, ai fini dell'annullamento del contratto per incapacità naturale, “*non già la totale o sensibile privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la sola menomazione di esse (...) in modo tale da impedire od ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente, facendo quindi venire meno la capacità di piena autodeterminazione del soggetto e la completa consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere*”⁴⁸³, con specifico riguardo al tema della validità e della efficacia del contratto concluso dal consumatore “a valle” di una pratica commerciale scorretta, si è quindi sostenuto non potersi escludere a priori la possibilità per il consumatore di invocare la tutela di cui all'articolo 1425 del Codice Civile, chiedendo l'annullamento del contratto per incapacità naturale, nei casi in cui la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista avesse determinato una perturbazione psichica idonea a precludergli una completa comprensione o valutazione in merito al regolamento negoziale o alle conseguenze nascenti dal contratto⁴⁸⁴.

⁴⁸² In questo senso, si è argomentato *a contrario* dalla disposizione di cui all'art. 591 c.c. in materia di incapacità a disporre per testamento, ove la formula utilizzata dal legislatore, differentemente dall'art. 428 c.c., non contempla l'utilizzo della disgiuntiva: qui si fa riferimento all'incapacità di “*intendere e volere*” (art. 591, c. 1, n. 3), presupponendo quindi il necessario cumulo dei due *vulnera*.

⁴⁸³ Cass. civ., Sez. III, sentenza dell'8 febbraio 2012, n. 1770, in *PlusPlusDiritto*, par. 4.3.1.

⁴⁸⁴ A. NOBILE, *op. cit.*, p. 197.

Alla stregua di tale impostazione, il rimedio dell'annullamento del contratto per incapacità di intendere o di volere del consumatore potrebbe dunque invocarsi solo in fattispecie particolari⁴⁸⁵, da accertare in concreto, allo scopo di valutare se venga effettivamente in rilievo un'alterazione o un affievolimento della capacità naturale del consumatore determinati dalla condotta scorretta del professionista, nonché per verificare la sussistenza della mala fede - presupposto per l'esperibilità dell'azione di annullamento in oggetto - da intendersi quale consapevolezza in capo al professionista dell'altrui menomazione; requisito che, come si è osservato, potrebbe peraltro agevolmente presumersi nelle circostanze in cui il professionista abbia consciamente utilizzato sofisticate tecniche di persuasione pubblicitaria o invasive strategie di marketing e di comunicazione commerciale, con l'obiettivo di ingenerare pressioni psicologiche indebite sulla platea dei destinatari⁴⁸⁶.

Come si è anticipato in apertura del presente paragrafo, l'annullamento del contratto concluso "a valle" di una pratica commerciale scorretta per causa di incapacità naturale ha fondato oggetto di una posizione rimasta isolata nel contesto dell'elaborazione dottrinale, non avendo riscontrato *favor* tra gli interpreti che pur hanno prospettato, quale forma di tutela più adeguata a protezione della libertà negoziale del consumatore, il rimedio dell'annullabilità del contratto, tuttavia considerato attraverso la valorizzazione dell'ulteriore macrocategoria delle cause di annullamento del contratto contemplate dal legislatore italiano: *i vizi del consenso*.

A ben vedere, la connessione tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e l'annullamento del contratto per vizi della volontà sembrerebbe di immediata evidenza, sebbene

⁴⁸⁵ In particolare, si fa riferimento a talune tipologie di pratiche commerciali scorrette che, nella prospettazione data dal legislatore, sembrerebbero astrattamente idonee a determinare una menomazione della capacità di intendere e di volere del consumatore. In particolare, l'autore richiama talune fattispecie di pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli, quali: "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" (art. 23, c. 1, lett. g, Cod. Cons.); "formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto" (art. 23, c. 1, lett. n, Cod. Cons.); "affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni" (art. 23, c. 1, lett. s, Cod. Cons.); sul punto, ancora: A. NOBILE, op. cit., pp. 196-197.

⁴⁸⁶ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* cit., p. 700.

non richiamata *expressis verbis* in via legislativa, a seguito di una esegesi del complessivo sistema che consenta di ravvisare le affinità nozionistiche e finalistiche tra le due discipline⁴⁸⁷.

Presupposto della normativa consumeristica di cui si discorre è, infatti, la sussistenza di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, ovverosia comportamenti che, per il tramite della veicolazione di informazioni ed elementi di valutazione falsati o ambigui, ovvero attraverso l'omissione di informazioni rilevanti o l'adozione di condotte moleste, coercitive, violente o indebitamente condizionanti, consentano al professionista di indurre il consumatore "*ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*"⁴⁸⁸, e quindi gli permettano di dispiegare una indebita influenza sul processo di formazione del consenso della controparte, alterandone sensibilmente la capacità di valutazione.

La disciplina dell'annullamento del contratto per vizi del consenso, dal canto suo, è istituzionalmente orientata alla repressione di quelle condotte assunte in sede di trattative negoziali o nella fase della formazione del contratto che, in pregiudizio dell'autenticità della scelta negoziale della controparte, si concretino in atti diretti a menomare *l'iter* formativo della volontà contrattuale.

In questa prospettiva, viene pertanto in rilievo la comunione di obiettivi delle due normative, sebbene coniugate in relazione ad interessi divergenti: l'esigenza di contrastare condotte abusive idonee a determinare una indebita influenza sul processo di formazione del consenso. Non sorprende, dunque, la ragione per cui, nell'ottica della prevalente dottrina, la disciplina civilistica dei vizi della volontà sia parsa agevolmente evocabile in via ermeneutica in materia di pratiche commerciali scorrette, essendo queste ultime connotate dall' "*idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio*"⁴⁸⁹ e, dunque, volgendo l'intento del legislatore, attraverso l'espressa previsione del relativo divieto, a prevenire e a reprimere quelle condotte commissive o omissive atte a determinare una turbativa

⁴⁸⁷ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 418 e ss.

⁴⁸⁸ Art. 18, c. 1, lett. e, D. Lgs. 206/2005.

⁴⁸⁹ Art. 18, c. 1, lett. e, D. Lgs. 206/2005.

della integrità e della libertà di autodeterminazione del consumatore; prerogativa sostanzialmente analoga a quella perseguita in sede civilistica attraverso la prospettazione normativa del rimedio dell'annullamento del contratto per vizi del consenso.

Nel raffronto tra i rimedi invalidatori, inoltre, lo strumento dell'annullabilità è stato giudicato "*meno distonico rispetto al sistema*"⁴⁹⁰ e maggiormente idoneo a conformarsi alla violazione del divieto di porre in essere una pratica commerciale scorretta, ovvero alla violazione di una tipica regola di comportamento gravante sul professionista nella fase della formazione del contratto e che, pur non essendo atta a determinarne *ex se* la nullità per le considerazioni già analiticamente *supra* esposte⁴⁹¹, potrebbe tuttavia rivelarsi idonea a comportarne l'annullabilità in circostanze nelle quali si rinverrebbero in concreto i presupposti per l'operatività stessa del rimedio⁴⁹².

Ad avvalorare ulteriormente la posizione dottrinale che sostiene l'introduzione di una forma di tutela che si risolva nell'annullamento del contratto stipulato "a valle" di una pratica commerciale scorretta, inoltre, si è segnalata la vigenza di una fattispecie speculare, questa volta espressamente contemplata dal legislatore, in materia di affiliazione commerciale⁴⁹³, nel cui ambito, a fronte della violazione degli obblighi precontrattuali di informazione imposti alle parti contraenti, si legittima la parte non inadempiente a richiedere l'annullamento del contratto⁴⁹⁴.

D'altro canto, anche nel filone dottrinale che ha invocato l'applicabilità del rimedio dell'annullabilità per vizi del consenso, le argomentazioni e i contributi dei commentatori a sostegno delle relative posizioni non sempre sono state indirizzati verso approdi univoci.

Sotto tale profilo, rileva in particolare la difformità degli approcci e dei percorsi valutativi perseguiti, pur nel comune obiettivo di suffragare la tesi dell'annullamento del

⁴⁹⁰ M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 283.

⁴⁹¹ Si rimanda *supra*, capitolo 3.5.1.

⁴⁹² C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 781.

⁴⁹³ Art. 8, Legge 6 maggio 2004, n. 129 "*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*", in Gazzetta Ufficiale n. 120 del 24 maggio 2004, il quale recita: "*Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto.*"

⁴⁹⁴ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 781; C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 779.

contratto, da chi ha ritenuto di poter evocare la categoria del dolo civilistico per la fattispecie delle pratiche commerciali ingannevoli e quella della violenza morale per le pratiche commerciali aggressive, e chi, sebbene in via minoritaria, ha invece sostenuto la necessità di un ripensamento della categoria civilistica del dolo, proponendone un'ampia dilatazione allo scopo di ricomprendere al suo interno entrambe le tipologie di pratiche commerciali scorrette, eliminando quindi qualsivoglia spazio operativo per la categoria civilistica della violenza⁴⁹⁵.

Trattando delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive⁴⁹⁶, si è già avuto modo di constatare come la prevalente dottrina abbia ravvisato l'opportunità di ricondurre in via analogica l'inganno, il mendacio e la reticenza indebita, quali elementi caratterizzanti della pratica commerciale ingannevole, allo schema degli artifici e dei raggiri, che integrano la fattispecie del dolo *ex* articolo 1439 del Codice Civile; parimenti, la stessa dottrina ha sostenuto la possibilità di invocare la violenza psichica (articoli 1434 e seguenti del Codice Civile), a fronte di un comportamento sleale del professionista che si concreti in molestie, coercizioni, pressioni fisiche o psicologiche invadenti, elementi costitutivi di una pratica commerciale aggressiva esercitata al fine di estorcere il consenso negoziale del consumatore.

Sul medesimo piano, si è inoltre argomentato nel senso di riconoscere alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette il merito di aver apportato una pratica e funzionale “*semplificazione del giudizio di rilevanza*” del comportamento ingannevole o aggressivo del professionista, facilitandone la sua configurabilità secondo una qualificazione civilistica della condotta, dolosa o violenta; e ciò in ragione dell'operata esemplificazione delle pratiche commerciali ritenute “in ogni caso” scorrette⁴⁹⁷. In altri termini, alla stregua di tale orientamento, il riscontro delle circostanze attinenti al mendacio o alla condotta omissiva, molesta, coercitiva o indebitamente condizionante del professionista ovvero l'accertata omissione dei contenuti informativi specificamente individuati dal legislatore nell'ambito

⁴⁹⁵ V. DI CATALDO, *Conclusioni* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008, p. 342.

⁴⁹⁶ Si rimanda *supra*: capitolo 2.2.5.1.

⁴⁹⁷ M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 240 e ss.

della relazione negoziale con il consumatore, risulterebbero elementi sufficienti nel giudizio civilistico di accertamento della rilevanza del dolo o della violenza, quali cause che legittimino l'annullamento del contratto, agevolando il consumatore nell'onere della prova.

La soluzione così espressa, sebbene opportunamente rilevi i caratteri di compatibilità tra le fattispecie di pratiche commerciali scorrette delineate dal legislatore e le ipotesi di vizio del consenso contemplate nel Codice Civile, sconta tuttavia il limite di dar luogo ad un automatismo rimediabile che non offre adeguata soluzione alle problematiche di coordinamento che pure l'interprete si trova ad affrontare nell'ambito dell'attività ermeneutica tesa a individuare gli elementi di raccordo tra le due normative; d'altro canto, una più attenta esegesi del sistema consente l'emergere di elementi di inconciliabilità tra le discipline in oggetto⁴⁹⁸.

In tale prospettiva, sembra pertanto di necessità doversi aderire alla posizione di quanti hanno prospettato non potersi accogliere, in termini assoluti, la tesi che prefigura un analogico richiamo alla normativa sull'annullamento per dolo o per violenza, pur asserendo che “*nella maggioranza dei casi*”, ove siano state violate le prescrizioni impartite in tema di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, possano essere invocate, rispettivamente, la disciplina del dolo e quella della violenza⁴⁹⁹. Ad avvalorare tale soluzione, si è segnalata, a titolo esemplificativo, l'inopportunità di impugnare per violenza il contratto concluso dal consumatore a seguito o per effetto della condotta del professionista che si traduca nel “*lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente (...)*”⁵⁰⁰: benché rientrante nell'alveo delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive, si delinea in tale sede una fattispecie rispetto alla quale sembrerebbe inconsistente un richiamo alla disciplina della violenza, risultando più adeguata, in un approccio comparatistico, la prospettiva di un annullamento per dolo.

⁴⁹⁸ Vedi *infra*, capitolo 3.5.2.1.

⁴⁹⁹ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., p. 485.

⁵⁰⁰ Art. 26, c. 1, lett. h, D. Lgs. 206/2005.

Analogamente, ulteriori perplessità sono emerse a fronte del supposto annullamento per violenza del contratto concluso dal consumatore con il professionista, nella circostanza in cui la stipulazione dell'atto negoziale sia stata indotta da una pratica commerciale aggressiva consistente nell' *“imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali”*⁵⁰¹; anche in relazione a tale fattispecie, a rigore, non sarebbe appropriato invocare la disciplina civilistica della violenza, bensì sembrerebbero ravvisarsi, in linea di principio, margini per l'applicabilità della disciplina sull'esecuzione del contratto secondo buona fede ovvero della normativa in materia di inadempimento contrattuale, rimanendo ferma la necessità di una disamina in concreto per l'accertamento della sussistenza dei relativi presupposti applicativi.

La difformità delle prospettazioni dottrinali in merito all'esperibilità del rimedio invalidatorio dell'annullabilità ha infine riguardato la tematica dell'onere probatorio. Invero, la diversità degli interessi oggetto di tutela nella disciplina civilistica e in quella consumeristica ha comportato, nel quadro della complessiva attività di indagine rimessa agli interpreti, delle riscontrate difficoltà di coordinamento anche sul piano procedimentale, segnatamente, in relazione al profilo degli oneri processuali gravanti sulla parte lesa.

Un primo orientamento, argomentando sulla base della delineata costruzione normativa del regime dell'annullabilità del contratto per vizi del consenso, ritagliata su un modello volto a prefigurare la formazione dell'accordo tra le parti secondo una prospettiva strettamente individualizzata, ha sostenuto l'impossibilità di invocare l'operatività di un rimedio contro indebite influenze dell'autonomia contrattuale a prescindere da un'indagine effettuata in

⁵⁰¹ Art. 26, c. 1, lett. d, D. Lgs. 206/2005.

concreto⁵⁰². Per converso, si è segnalata la necessità di strutturare il procedimento valutativo seguito dal giudice cui è deputato il compito di pronunciarsi sull'annullamento del contratto concluso "a valle" di una pratica commerciale scorretta secondo un'ottica individualistica incentrata sul singolo contratto. In questo senso, si è quindi preclusa ogni possibilità di riconoscere all'accertata natura di scorrettezza della pratica commerciale l'attitudine a determinare, in via aprioristica, l'annullamento del contratto; si è invece ritenuto opportuno addossare integralmente al singolo consumatore, parte della vicenda contrattuale in causa, l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti atti a consentire la qualificazione della pratica scorretta in termini di comportamento "doloso" o "violento", nonché la concreta (e non meramente potenziale) distorsione del consenso e l'effettiva induzione in errore, ingenerata dalla pratica medesima, che lo avesse determinato alla stipulazione del contratto⁵⁰³.

Altri interpreti, invece, in relazione al profilo dell'onere probatorio, hanno ravvisato degli spazi di intersezione tra l'accertamento di scorrettezza compiuto dall'autorità amministrativa e l'annullamento del contratto "a valle" rimesso al giudice ordinario. Segnatamente, con riferimento al novero delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive, si è osservato testualmente che "*(...) una volta che si sia realizzato uno dei comportamenti elencati nell'allegato 1 della direttiva, il consumatore sarà esonerato dall'onere di provarne la concreta efficacia determinante rispetto alla sua scelta individuale*"⁵⁰⁴. In altri termini, alla semplificazione del giudizio di rilevanza della pratica commerciale rientrante nelle cd. *black lists*, indipendentemente dalla sua qualificazione alla stregua di un comportamento doloso, violento o reticente, si è voluto riconnettere un ulteriore importante riflesso consistente nell' "alleggerire" la posizione del consumatore che deduca il

⁵⁰² R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁵⁰³ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 421 e ss.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 927-928: "*(...) è pacifico, tra il resto, che l'onere della prova spetti comunque, in tutta la sua rilevanza significativa, al consumatore che faccia valere il vizio del consenso, ai fini dell'annullabilità, senza possibilità di sconti o scappatoie o di invocazioni di una possibile inversione dell'onere probatorio al riguardo (...)*".

⁵⁰⁴ M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 240 e ss.

vizio del consenso a fondamento della domanda di annullamento, esonerandolo dall'onere di provare l'effettiva incidenza della pratica ad alterarne la scelta economica e negoziale⁵⁰⁵.

Altra dottrina, in un'ottica di maggior *favor* per il consumatore, ha invece ulteriormente dilatato i presupposti di attenuazione dell'onere probatorio incombente sul consumatore-parte contraente, assegnando all'accertamento di scorrettezza compiuto dall'autorità amministrativa la rilevanza di una *presunzione relativa* di annullamento del contratto "a valle", senza pretese di arginare la soluzione all'alveo delle pratiche commerciali considerate in ogni caso scorrette, come invece prospettato dall'orientamento poc'anzi richiamato. In questo senso, ferma l'impossibilità di attribuire all'accertamento amministrativo una valenza vincolante nel successivo giudizio demandato al giudice ordinario ai fini dell'annullamento, si è sostenuta con vigore l'operatività di una presunzione *iuris tantum*: accertata dall'AGCM la scorrettezza della pratica commerciale perpetrata dal professionista ai danni del consumatore, il contratto stipulato "a valle" della pratica medesima *si presume* annullabile perché indebitamente concluso dalla parte contraente "*il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo*"⁵⁰⁶. In questo senso, si è detto, si tratta di "*ritenere, sul piano della prova, che l'accertamento della pratica ingannevole o aggressiva integra, di per se stessa, l'estremo del dolo o della violenza, quale presupposto dell'annullamento del contratto*"⁵⁰⁷. In ogni caso, il professionista che intenda evitare l'annullamento del contratto, è ammesso a fornire prova contraria, dimostrando che nella fattispecie in esame non ricorrono i presupposti che il Codice

⁵⁰⁵ *Ibid.*; C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, pp. 779-780, la quale richiama degli isolati precedenti giurisprudenziali nel contesto della pubblicità ingannevole (pur ammettendo non potersi comunque dedurre dai medesimi alcuna considerazione conclusiva) in cui si è disposto l'annullamento del contratto per dolo, essendo il vizio valutato in correlazione all'accertamento di scorrettezza compiuto dall'AGCM. In questo senso, Trib. Terni, sentenza del 6 Luglio 2004, in *Giur.it.*, 2005, 1836, ove si legge: "*Il contratto che sia stato concluso a seguito di pubblicità di cui l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato abbia accertato la natura ingannevole è annullabile per dolo*", oppure Pret. Bologna, 8 Aprile 1997, in *Giust. civ.*, 1998, 879, ove si riscontra che "*La decisione con cui l'Autorità Garante abbia giudicato ingannevole la campagna pubblicitaria di un professionista costituisce elemento indiziario idoneo a far presumere l'induzione in errore del consumatore ai fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di tale campagna pubblicitaria*". In senso contrario, M. R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, cit., p. 283, secondo la quale "*Occorrerà, in ogni caso, la prova che la pratica scorretta abbia inciso sulla volontà del contraente*".

⁵⁰⁶ Art. 1427, c.c.

⁵⁰⁷ N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 930-931. Richiamata anche da Trib. Bologna, sentenza n. 358 del 2 febbraio 2018 in banca dati DeJure.

Civile esige ai fini dell'annullamento, come l'incidenza causale della pratica commerciale scorretta sul consenso del consumatore a concludere il contratto⁵⁰⁸.

3.5.2.1 - I vizi del consenso: vizi incompleti del contratto. La tutela risarcitoria.

Come noto, la disciplina consumeristica di matrice comunitaria in materia di pratiche commerciali scorrette e il giudizio prognostico condotto dall'autorità amministrativa e diretto all'accertamento della scorrettezza della condotta posta in essere dal professionista, non sono conformati a criteri di valutazione soggettivi e personalizzati, ma risultano ritagliati sul modello oggettivo e tipizzato del *consumatore medio*, parametro di valutazione della ragionevolezza che consente di apprezzare il grado di prevedibilità dell'attitudine della pratica commerciale scorretta a incidere indebitamente sulla formazione del consenso del consumatore⁵⁰⁹.

Considerazioni di segno opposto valgono invece con riferimento alla disciplina civilistica in materia contrattuale. Invero, conformemente alla visione del legislatore del 1942, legato ad una concezione del contratto univocamente inteso quale strumento di autoregolazione di interessi privati nel quadro di un rapporto individualizzato tra le parti contraenti (funzionalizzazione che pare oggi un dubbio retaggio storico in ragione del rinnovato contesto del sistema di mercato e delle nuove e diffuse forme di contrattazione di massa)⁵¹⁰, la regolamentazione normativa delle singole fattispecie dei vizi del consenso appare improntata ad una considerazione per la relazione contrattuale fortemente incentrata sulla personalità del rapporto e sulla soggettività delle posizioni delle parti contraenti. Nella concezione tradizionale del legislatore, infatti, assolve un ruolo essenziale la condizione soggettiva della parte contraente, che si pone quale imprescindibile criterio nella valutazione del condizionamento

⁵⁰⁸ *Ibid.*, ove si ravvisa inoltre che “Una presunzione di tal genere non è certo una novità. Proprio a tutela del consumatore, in materia di danni da prodotti industriali insicuri, la giurisprudenza aveva introdotto, prima che la materia formasse oggetto della direttiva comunitaria sul danno da prodotti, la presunzione di colpa del produttore, così addossando a quest'ultimo l'onere di provare l'assenza di efficienza causale della sua attività produttiva”.

⁵⁰⁹ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 721.

⁵¹⁰ Si veda *supra*, capitolo 3.3.

della volontà negoziale e che vale a caratterizzare il rimedio dell'annullabilità del contratto quale strumento disposto a tutela dell'interesse della parte, unica legittimata ad agire per l'annullamento, la cui manifestazione del consenso non risulti espressa in modo libero e ponderato⁵¹¹. In coerenza a siffatta impostazione legislativa, anche il giudizio civilistico sull'annullamento del contratto presuppone una disamina incentrata sulla singola operazione contrattuale, sulle qualità personali della parte contraente e su ogni utile circostanza della fattispecie concreta, nell'obiettivo di accertare, con la finalità di tutelare il singolo contraente e, suo tramite, la validità dei contratti dal medesimo stipulati, se vi sia stata una materiale distorsione della volontà negoziale e, quindi, se risulti esservi, nella fattispecie in rilievo, una divergenza tra la volontà di *quel* contraente e la dichiarazione negoziale dallo stesso resa⁵¹².

Alla luce della nuova “funzionalizzazione” dello strumento contrattuale collocato nel contesto di un sistema complesso e intrinsecamente preordinato ad assolvere ad esigenze di regolazione del mercato secondo obiettivi di concorrenzialità, risulta invece fortemente attenuata l'attenzione tradizionalmente riconosciuta in via normativa alla posizione individuale e peculiare delle parti contraenti, a favore di prerogative altre, che attendono alla salvaguardia di esigenze di ordine pubblico e al soddisfacimento di interessi generali⁵¹³.

Sotto tale profilo, si giustifica anche la difformità di *ratio* che anima la normativa consumeristica sulle pratiche commerciali scorrette rispetto alla *ratio* ispiratrice della normativa civilistica, poiché, essendo la prima preordinata ad assicurare l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato interno, *“in gioco, più che l'idoneità della pratica commerciale scorretta a pregiudicare la corretta formazione della volontà dello specifico contraente fronto-stante, è la possibilità di alterare la libertà di scelta di un consumatore medio, individuato a priori, sulla base di criteri e parametri essenzialmente oggettivi, modulati e*

⁵¹¹ M. A. ASTONE, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

⁵¹² A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 699-700.

⁵¹³ V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, cit., pp. 1615 e ss.

*rapportati alla categoria di riferimento e non al consumatore in quanto tale, parte di uno specifico e singolo rapporto contrattuale intercorso con un professionista*⁵¹⁴.

Tale circostanza, unita alla considerazione per cui non appare sempre possibile rintracciare nelle singole fattispecie di pratiche commerciali scorrette tutti gli elementi costitutivi dei vizi del consenso (“vizi incompleti”⁵¹⁵), preclude la praticabilità di un meccanismo di applicazione automatica e generalizzata della disciplina civilistica dell’annullamento ai contratti stipulati tra consumatore e professionista “a valle” di una pratica commerciale sleale. Su questo fronte, e per meglio comprendere gli aspetti dicotomici che connotano le due normative, si rende opportuno operare una breve e sintetica panoramica in merito ai presupposti atti a fondare la rilevanza giuridica dei vizi del consenso, esaminandone le prospettive di raccordo rispetto alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Nell’impostazione del Codice Civile, *l’errore-vizio della volontà* che legittima il “*contraente il cui consenso fu dato per errore*” a richiedere l’annullamento del contratto⁵¹⁶, è definito la “*falsa rappresentazione della realtà in cui sia incorsa la parte e che abbia alterato la formazione del suo convincimento e della sua libera determinazione di contrarre*”⁵¹⁷: si tratta, pertanto, di un vizio atto a inficiare il processo formativo della volontà negoziale, pregiudicando la libertà e l’integrità della capacità di autodeterminazione del contraente.

Nell’ottica di tutela dell’affidamento del terzo e a garanzia della conservazione del contratto, la rilevanza giuridica dell’errore-vizio della volontà viene tuttavia subordinata alla ricorrenza dei presupposti della essenzialità e della riconoscibilità.

In linea di principio, non sembrerebbero esservi ostacoli, sotto un profilo comparatistico, a un riscontro del requisito della essenzialità dell’errore in materia di pratiche commerciali scorrette. Invero, a tal fine viene in rilievo l’articolo 21 del Codice del Consumo

⁵¹⁴ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 421 e ss.

⁵¹⁵ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995, *passim*.

⁵¹⁶ Art. 1427, c.c.: “*Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo, può chiedere l’annullamento del contratto, secondo le disposizioni seguenti*”.

⁵¹⁷ R. ALESSI, *op. cit.*, p. 318.

che, nel delineare la fattispecie della pratica commerciale ingannevole, ne menziona l’*“idoneità ad indurre in errore il consumatore medio”*, individuando al contempo gli elementi del negozio giuridico suscettibili di formarne oggetto⁵¹⁸, tutti agevolmente inquadrabili nelle ipotesi di essenzialità dell’errore *ex art. 1429 c.c.*⁵¹⁹, poiché attinenti a connotazioni quali l’esistenza, la natura e le caratteristiche principali del prodotto oggetto della operazione commerciale, i diritti del consumatore, le qualifiche, lo *status* e l’identità del professionista⁵²⁰.

Una dicotomia tra le due discipline, tuttavia, sorge in ordine al secondo requisito di giuridica rilevanza dell’errore: la sua riconoscibilità da parte dell’altro contraente.

Nella disciplina civilistica, infatti, la riconoscibilità dell’errore postula una valutazione operata alla stregua del canone della *“persona di normale diligenza”*⁵²¹: il legislatore non ha riguardo alla circostanza per cui la controparte avesse concreta consapevolezza in ordine all’errore in cui fosse stato indotto il contraente; oggetto di considerazione è soltanto l’oggettiva e *astratta* possibilità di riconoscere l’errore da parte di un terzo che, trovandosi nelle medesime circostanze, tenuto conto dello specifico contenuto del contratto e delle qualità delle parti contraenti, avesse assunto il comportamento del contraente dotato di *media diligenza*⁵²².

Così inteso, il criterio di giudizio civilistico è evidentemente difforme rispetto a quello della *“diligenza professionale”*⁵²³ che emerge in tema di pratiche commerciali scorrette, ove si fa riferimento all’ordinario livello di attenzione e competenza esigibili dal professionista poiché ragionevolmente presumibili nell’ottica della platea dei consumatori a cui questi si rivolge.

⁵¹⁸ Art. 21, c. 1, D. Lgs. 206/2005.

⁵¹⁹ Art. 1429, c.c.: *“L’errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull’oggetto del contratto; 2) quando cade sull’identità dell’oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull’identità o sulle qualità della persona dell’altro contraente, sempre che l’una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto”*.

⁵²⁰ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., pp. 719 e ss.

⁵²¹ Art. 1431, c.c.: *“L’errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo”*.

⁵²² A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, XXII ed., Milano 2015, pp. 548 e ss.

⁵²³ Art. 20, c. 2, D. Lgs. 206/2005. Per approfondimenti, si rinvia *supra*: capitolo 2.2.4.

Inoltre, in materia di pratiche commerciali scorrette, il parametro di riferimento nella valutazione della riconoscibilità dell'errore non è quello, di matrice codicistica, della *“persona di normale diligenza”* e cioè del *“contraente medio”*, bensì quello del *“consumatore medio”*, nella definizione ampiamente sviluppata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵²⁴; il piano valutativo rimane, quindi, volutamente di tipo oggettivo, poiché si fonda sulla scelta di un paradigma astratto e costruito in via prognostica, che pur presentando connotati di oggettività al pari del parametro della *persona di normale diligenza*, rimane alieno rispetto al contesto di un giudizio individualizzato e alla dialettica contrattuale⁵²⁵.

L'ostacolo ad una applicazione generalizzata della disciplina dell'errore codicistico rispetto al sistema delle pratiche commerciali scorrette si rinviene, pertanto, proprio nella difformità dell'asse prospettico intorno al quale sono costruite le differenti fattispecie, la prima conformata al parametro del *“contraente medio”*, la seconda a quella del *“consumatore medio”*, essendosi su questo piano opportunamente osservato che mentre *“nella disciplina dell'errore si richiede che la falsa rappresentazione abbia una sua oggettività tale da renderla percepibile dall'operatore mediamente accorto ma poi il giudizio è di natura individualizzata; nella disciplina delle pratiche commerciali, invece, sembra prevalere la dimensione tipizzante in forza della quale è scorretta la pratica munita di una generale e astratta idoneità a distorcere o comprimere l'esplicazione dell'autonomia di scelta del consumatore”*⁵²⁶.

Nella rappresentazione del legislatore, l'annullamento del contratto per *violenza morale (vis compulsiva)*, intesa come costrizione psicologica esercitata attraverso una minaccia, anche proveniente da un terzo, capace di alterare il processo determinativo della volontà negoziale del contraente, è condizionato all'accertamento del *timore di un male ingiusto e notevole* che possa

⁵²⁴ Si rimanda *supra*, capitolo 2.2.4.1.

⁵²⁵ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., pp. 721 e ss.: *“Il consumatore medio, dunque, in relazione all'affare concluso e all'incidenza della pratica commerciale scorretta sulla sua decisione economica, (usando le categorie concettuali proprie dei vizi del consenso) non avrebbe riconosciuto l'errore nel quale stava cadendo concludendo un contratto che altrimenti non avrebbe concluso o che non avrebbe stipulato a quelle condizioni”*.

⁵²⁶ *Ivi*, pp. 723-724.

colpire la persona del soggetto contraente, i suoi beni, il coniuge, gli ascendenti o i discendenti, e della “*impressione*” che siffatta minaccia sia in grado di provocare “*sopra una persona sensata*”⁵²⁷. Segnatamente, la violenza contrattuale consiste in una “*minaccia che costringe la persona a stipulare un contratto non voluto o a subirne un determinato contenuto*”⁵²⁸, poiché preordinata a coartare la libera formazione del consenso, inducendo la parte contraente all’assunzione di una determinazione volitiva non libera in merito alla contrattazione.

Considerazioni legate ad affinità strutturali e teleologiche, come si è già avuto modo di evidenziare, hanno orientato l’elaborazione dottrinale in ordine alla definizione dei possibili rimedi esperibili in relazione al contratto concluso “a valle” di una pratica commerciale *aggressiva* nel senso di indurre i commentatori a evocare ampiamente la categoria civilistica della violenza morale. Posizione che, tuttavia, ha il limite di arginare l’attenzione ai profili attinenti all’individuazione di elementi di semplice assonanza tra le fattispecie in oggetto, mancando di rilevare come, dall’analisi dei requisiti presupposti dalle due normative, emerga invece l’impossibilità di una piena sovrapposibilità delle medesime⁵²⁹.

In senso critico, si è infatti osservato come, pur ammettendosi in astratto la sussistenza di elementi di compatibilità⁵³⁰, si debba escludere una applicazione generalizzata e aprioristica della violenza morale alla figura delle pratiche commerciali aggressive, in quanto una tale operazione “*comporterebbe la necessità di un’interpretazione sostanzialmente abrogatrice dei limiti posti dall’art. 1435 c.c.*”⁵³¹. La rilevanza giuridica della violenza morale nel Codice Civile viene infatti subordinata alla capacità di generare il timore di esporre sé, i propri beni, terzi o beni di terzi a un “*male ingiusto e notevole*”, essendo, per converso, evidente che la condotta

⁵²⁷ Art. 1436, c.c.: “*La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all’età, al sesso e alla condizione delle persone*”.

⁵²⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. 3: Il contratto*, Milano 2000, p. 657.

⁵²⁹ C. SOLINAS, *op. cit.*, pp. 243 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., pp. 724 e ss.; A. MIRONE, *op. cit.*, pp. 318 e ss.

⁵³⁰ Così, ad esempio, la “*minaccia di fare valere un diritto*” di cui all’art. 1438 c.c., è senza dubbio richiamata dalla pratica commerciale aggressiva consistente nella “*minaccia di promuovere un’azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata*” (art. 25, c. 1, lett. e, Cod. Cons.).

⁵³¹ A. MIRONE, *op. cit.*, p. 318.

tipica del professionista che integri una pratica commerciale aggressiva potrebbe anche non estrinsecarsi in una minaccia di un male ingiusto e notevole, risolvendosi in condotte soltanto invadenti o insolenti che si producano nella sfera giuridica e privata del consumatore⁵³².

A ciò si aggiunga, quale elemento ostativo ad una piena sovrapposizione tra le due discipline, in analogia a quanto già osservato in tema di errore-vizio del consenso, anche la riscontrata difformità dei parametri di riferimento: il “*consumatore medio*” in materia di pratiche commerciali aggressive, la “*persona sensata*” nella violenza contrattuale⁵³³.

In tale prospettiva, si è pertanto rilevata l’opportunità di “*escludere a monte ogni contiguità con il vizio della violenza*”⁵³⁴, constatando come le pratiche commerciali aggressive, a differenza della violenza psichica di natura civilistica, non necessariamente comportino una coercizione materiale dell’autodeterminazione contrattuale del consumatore. Invero, la categoria delle pratiche commerciali aggressive, come esemplificate dal legislatore, include anche condotte in cui l’effetto coercitivo della volontà negoziale è sostanzialmente marginale; in questo senso, basti pensare alle pratiche che si concretino nello sfruttamento, da parte del professionista, di “*una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione*”⁵³⁵ (si pensi alla sussistenza di una asimmetria informativa tra le parti), che si traduca, per esempio, nell’approfittamento di una particolare condizione di debolezza e vulnerabilità dei consumatori⁵³⁶ o di “*qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore*”⁵³⁷, ovvero a quelle che determinino una intrusione socialmente indesiderata nella sfera privata del consumatore⁵³⁸, o infine alle pratiche

⁵³² *Ibid.*; C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 782.

⁵³³ C. SOLINAS, *op. cit.*, p. 244.

⁵³⁴ A. MIRONE, *op. cit.*, p. 318.

⁵³⁵ Art. 18, c. 1, lett. 1, D. Lgs. 206/2005.

⁵³⁶ Si pensi alla fattispecie di cui all’art. 26, c. 1, lett. e Cod. Cons.: “(...) 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”.

⁵³⁷ Art. 25, c. 1, lett. c, D. Lgs. 206/2005.

⁵³⁸ Art. 26, c. 1, lett. b e c, D. Lgs. 206/2005.

che determino la sussistenza di ostacoli, ancorché non particolarmente invasivi, alla possibilità del consumatore di sottrarsi al contatto commerciale⁵³⁹.

Anche relativamente al contratto concluso dal consumatore “a valle” di una pratica commerciale ingannevole, l’orientamento che ha prefigurato l’esperibilità del rimedio dell’annullamento per *dolo* ai sensi dell’articolo 1439 del Codice Civile⁵⁴⁰, ha indotto diversi spunti di riflessione tra i commentatori, peraltro incrementati dalle più evolute suggestioni dottrinali che hanno prospettato un superamento dei confini e dei presupposti di operatività tradizionalmente attribuiti alla figura del dolo quale causa di annullamento del contratto⁵⁴¹.

Come noto, la concezione tradizionalmente accolta qualifica il *dolo-vizio della volontà* (*dolo determinate o causam dans*) alla stregua di un comportamento del *deceptor* consistente in artifici e raggiri, perpetrati per indurre la parte contraente alla conclusione di un contratto che altrimenti non avrebbe concluso⁵⁴². In questa prospettiva, si osserva come nel dolo-vizio della volontà siano di fatto rinvenibili tre componenti strutturali: un elemento di carattere oggettivo, consistente nel comportamento antiggiuridico e intenzionale del *deceptor*, un elemento di ordine soggettivo, che si concreta nella viziata volontà del *deceptus* e, da ultimo, un nesso causale tra il comportamento doloso del *deceptor* e l’errore indotto nel *deceptus*⁵⁴³.

L’annullamento del contratto in tema di dolo *causam dans*, postula quindi il positivo accertamento in merito alla circostanza che la condotta del *deceptor* sia stata determinante del consenso del *deceptus*, ovvero sia stata tale da ingenerare una falsa rappresentazione della realtà che, inducendo un errore nel processo di formazione della volontà del *deceptus*, lo abbia indotto alla contrattazione⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Art. 26, c. 1, lett. a, D. Lgs. 206/2005.

⁵⁴⁰ Art. 1439, c.c.: “Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l’altra parte non avrebbe contrattato. Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio”.

⁵⁴¹ A. MIRONE, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁴² R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 331 e ss.

⁵⁴³ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1290 e ss.

⁵⁴⁴ Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 16663 del 19 giugno 2008, in banca dati PlusPlusDiritto.

Nella complessiva attività ermeneutica preordinata a individuare gli elementi di compatibilità tra la disciplina consumeristica sulle pratiche commerciali ingannevoli e quella codicistica sul dolo-vizio della volontà, si sono riscontrati taluni profili ostativi ad una piena contiguità tra le due discipline che legittimasse una applicazione generalizzata e automatica della forma di tutela *ex* articolo 1439 del Codice Civile al contratto concluso dal consumatore “a valle” di una pratica commerciale ingannevole. Il riscontro di siffatti ostacoli ha quindi imposto all’interprete di effettuare un’operazione di coordinamento tra le normative in rilievo, e di svolgere una valutazione che tenesse in debito conto della potenziale incidenza che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è idonea a riflettere sull’interpretazione tradizionalmente e storicamente attribuita alla categoria civilistica del dolo⁵⁴⁵.

Una prima problematica attinente al raccordo tra la disciplina civilistica del dolo-vizio del consenso e la normativa sulle pratiche commerciali ingannevoli ha riguardato la componente soggettiva del dolo contrattuale. Invero, la tutela di ordine pubblicistico contro le pratiche commerciali ingannevoli non esige il carattere della intenzionalità della condotta decettiva (cd. *animus decipiendi*): dalla valutazione del comportamento adottato dall’operatore commerciale nel contesto della relazione instaurata con il consumatore esula, infatti, qualsivoglia riferimento alla componente intenzionale. L’elemento soggettivo della condotta del professionista appare piuttosto implicare una connotazione in termini di colpa, essendo arginata ad una qualificazione di mera “*contrarietà alla diligenza professionale*”⁵⁴⁶.

La scelta della normativa di derivazione comunitaria di vietare le pratiche commerciali scorrette “*anche in assenza di prove (...) in merito all’intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista*”⁵⁴⁷, sembra quindi *prima facie* collidere con la tradizionale e tuttora accreditata posizione che, in merito all’impugnativa per dolo in relazione ai contratti di diritto

⁵⁴⁵ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783

⁵⁴⁶ M. C. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 452 e ss.

⁵⁴⁷ Art. 11, c. 2, Direttiva 2005/29/CE.

comune, postula l'imprescindibilità del carattere della intenzionalità del raggiro, intesa quale "coscienza e volontà di ingannare controparte per indurla al contratto"⁵⁴⁸.

Nondimeno, si pone in una prospettiva coerente rispetto al filone dottrinario, pur rimasto minoritario, che ha teorizzato la rilevanza di un *dolo colposo*, cioè di un inganno di natura involontaria⁵⁴⁹. In particolare, tale evolutivo orientamento attribuisce rilievo, sotto il profilo della validità del contratto, a qualsivoglia violazione, di carattere intenzionale o anche meramente colposo, degli obblighi di correttezza nella contrattazione fondati sulla buona fede e, segnatamente, riconnette il tema del *dolo colposo* all'inosservanza dei doveri di informazione incombenti sulle parti nella fase delle trattative precontrattuali. Ad avvalorare la tesi per cui, ai fini dell'annullabilità del contratto, non sarebbe intrinseca l'intenzionalità del raggiro, si osserva come proprio la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nella misura in cui contempla tra gli elementi costitutivi della condotta vietata la sola "contrarietà alla diligenza professionale", consentirebbe di qualificare, quale causa di annullamento del contratto per dolo, la condotta meramente colposa del professionista che abbia tuttavia indotto un errore determinante sulla formazione del consenso negoziale del consumatore⁵⁵⁰.

D'altronde, altri autori hanno rilevato l'inconsistenza di una rigida connotazione della pratica commerciale attraverso l'utilizzo delle categorie della intenzionalità e della colposità, e ciò in ragione della intrinseca natura delle pratiche medesime che si concretano, in prevalenza, in anonime tecniche di comunicazione di massa e in strategie persuasive le quali, essendo indistintamente rivolte alla platea dei consumatori, precludono una loro propria qualificazione secondo le categorie del linguaggio individuale⁵⁵¹. Al contempo, l'accertamento della scorrettezza della pratica commerciale sembrerebbe di fatto trascendere da un'intenzione

⁵⁴⁸ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783.

⁵⁴⁹ R. SACCO, *Il contratto* in *Trattato di Diritto Civile* a cura di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, I, III ed., Torino 2004, pp. 547 e ss.

⁵⁵⁰ P. LAMBRINI, *Dolo colposo: una figura della scienza giuridica romana* in (a cura di) L. Garofalo *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli 2011, pp. 55 e ss.

⁵⁵¹ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., pp. 418-419.

dolosa del professionista, in quanto “*anche l’ingenerare colposamente una falsa rappresentazione della realtà in maniera tale da determinare l’errore deve essere ritenuto contrario alla diligenza professionale*”⁵⁵².

Sotto il profilo del coordinamento tra la disciplina del dolo-vizio della volontà e quella delle pratiche commerciali, si è inoltre ribadita tra i commentatori la necessità di una rilettura delle tradizionali nozioni di “artifici” e “raggiri”, per ricomprendervi anche comportamenti non necessariamente integranti i canonici concetti di astuzia, furbizia e macchinazione, con l’obiettivo di meglio conformarli alle fattispecie delle pratiche commerciali ingannevoli⁵⁵³.

In tal senso, un aspetto ampiamente dibattuto e che ha intersecato problematiche già constatabili in relazione al contratto di diritto comune, ha riguardato la rilevanza del *dolo omissivo* (cd. *reticenza*, concretata dal tacere elementi e circostanze rilevanti per la determinazione della controparte) e del *mendacio*, quali presupposti atti a legittimare l’annullamento del contratto, e ciò per la necessità di individuare una soluzione coerente, a garanzia del consumatore, rispetto alle fattispecie di pratiche commerciali scorrette consistenti in *omissioni ingannevoli*⁵⁵⁴ o in “*informazioni non rispondenti al vero*”⁵⁵⁵.

Invero, mentre i comportamenti sanzionati dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette vengono a ricomprendere anche il semplice mendacio o la reticenza del professionista, con riferimento ai contratti di diritto comune l’ammissibilità dei medesimi quali causa di annullamento del contratto ha fondato oggetto di non poche perplessità, dando adito a orientamenti divergenti sul tema. In questo senso, infatti, rilievo comune e tradizionalmente affermato in giurisprudenza è quello per cui “*pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l’annullamento del contratto, tuttavia esso rileva a tal fine solo quando l’inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente*

⁵⁵² E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1293.

⁵⁵³ G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, cit., pp. 90 e ss.

⁵⁵⁴ Art. 22, D. Lgs. 206/2005.

⁵⁵⁵ Art. 21, c. 1, D. Lgs. 206/2005.

*preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito*⁵⁵⁶; a rigore, la posizione prevalentemente accolta in giurisprudenza tende a escludere che il mendacio e la reticenza rilevano *ex se* a consentire l'annullabilità del negozio giuridico, ritenendo invece a tal fine necessario il loro inserimento all'interno di un complessivo contesto diretto a realizzare l'inganno perseguito dal *deceptor*, determinante dell'errore del *deceptus*⁵⁵⁷.

Sul tema della idoneità della reticenza e della menzogna a configurarsi quali cause invalidanti del contratto, è quindi emerso un apparente elemento di collisione tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella sul dolo-vizio della volontà, nell'interpretazione tradizionalmente accolta in giurisprudenza in ordine alla esclusa rilevanza giuridica del semplice silenzio, della mera affermazione del falso o della negazione del vero, se non ulteriormente circostanziati⁵⁵⁸.

E tuttavia, sebbene la prevalente giurisprudenza escluda la rilevanza del dolo omissivo e della menzogna quali cause di annullamento del contratto, in tempi più recenti si è potuta constatare una maggiore apertura sulla tematica; in particolare, un più innovativo orientamento, di matrice prevalentemente dottrinale, tende ad attribuire rilevanza ai fini dell'impugnativa per dolo anche alla reticenza e alla menzogna che siano stati determinanti del consenso del *deceptus* in ordine alla contrattazione⁵⁵⁹. Del resto, taluni commentatori⁵⁶⁰ hanno ammesso la rilevanza giuridica del dolo omissivo, ai fini dell'annullamento del contratto di diritto comune o del risarcimento dei danni conseguente ad una configurata responsabilità precontrattuale, in subordine alla accertamento della violazione di uno specifico obbligo di informazione normativamente imposto ovvero dell'inosservanza della regola di cui all'articolo 1337 del Codice Civile, sull'assunto per cui dalla clausola di buona fede *ivi* contemplata sarebbe di fatto

⁵⁵⁶ Cass. civ., Sez. II, sentenza n. 9253 del 20 aprile 2006 in *PlusPlusdiritto*.

⁵⁵⁷ Cass. civ., Sez. L, sentenza n. 7751 del 17 maggio 2012 in *PlusPlusdiritto*.

⁵⁵⁸ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783.

⁵⁵⁹ Cass. civ., Sez. II, sentenza n. 2479 del 5 febbraio 2007 in *PlusPlusdiritto*; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 665; v. per riferimenti: M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., pp. 486 e ss.; C. GRANELLI, *op. cit.*, pp. 783-784; M. C. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 451 e ss.

⁵⁶⁰ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 552; R. ALESSI, *op. cit.*, p. 336;

possibile veicolare in via interpretativa un più generale obbligo precontrattuale di correttezza dell'informazione, di *disclosure* e di trasparenza in capo alle parti contraenti⁵⁶¹.

Tali più recenti ed evoluti orientamenti in materia di dolo omissivo e di mendacio consentono, in una prospettiva di raccordo tra la disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli e quella sul dolo-vizio della volontà, di superare il tradizionale ostacolo astrattamente opponibile all'operatività del rimedio di tutela del consumatore *ex* articolo 1439 del Codice Civile. Fondamentale, in tal senso, è il rilievo per cui lo stesso legislatore, prendendo atto dell'asimmetria informativa tra la parti, al fine di contrastare le difficoltà del consumatore in ordine all'accesso ad informazioni rilevanti e veritiere che gli consentano di esprimere un consenso informato, ha espressamente conformato la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nell'ottica di *“un problema di informazione funzionale alla comprensione della convenienza dell'affare”*⁵⁶².

E invero, argomentando sul presupposto per cui la novella, ad integrazione del generale obbligo di informazione che trova fondamento nel disposto del primo comma dell'articolo 22 del Codice del Consumo, abbia imposto ulteriori specifici obblighi di informazione a carico del professionista⁵⁶³, si è potuta affermare la rilevanza della pratica commerciale integrante un comportamento ingannevole omissivo o mendace sotto il profilo del dolo contrattuale, asserendo che la violazione da parte del professionista degli obblighi di informazione sullo stesso incumbenti postuli l'applicabilità del rimedio dell'annullamento del contratto *per dolo causam dans* *ex* articolo 1439 del Codice Civile, nell'ipotesi in cui sia dimostrato che il

⁵⁶¹ Per approfondimenti, si rinvia *supra*: capitolo 1.2.1.

⁵⁶² C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 426.

⁵⁶³ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 783, secondo cui: *“La novella impone, a favore del consumatore, quattro obblighi specifici di informazione a carico del professionista: a) l'obbligo di indicare «l'intento commerciale della pratica» adottata, se detto intento non risulta «già evidente dal contesto» (art. 22, 2° co., c. cons.); b) l'obbligo di dare notizia della (eventuale) circostanza che il prodotto è suscettibile «di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori» (art. 21, 3° co., c. cons.); c) l'obbligo di fornire le informazioni previste “dal diritto comunitario” (per così dire “di settore”), indicate – seppure a titolo meramente esemplificativo – nell'allegato II alla dir. 2005/29/CE; d) l'obbligo di fornire, in caso di “invito all'acquisto”, le cinque informazioni specificamente indicate dal 4° co. dell'art. 22 c. cons.: sempre che, ovviamente, l'omissione di dette informazioni risulti «idonea ad indurre... il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 22, 1° co., c. cons.)”.*

contratto non sarebbe stato concluso se il consumatore avesse conosciuto le informazioni rilevanti omesse dal professionista (dolo omissivo determinante), ovvero l'esperibilità del rimedio risarcitorio *ex* articoli 1337 e 1340 del Codice Civile, qualora sia effettivamente accertato che il consumatore, pur non essendo edotto di taluni elementi valutativi rilevanti, si sarebbe egualmente determinato alla contrattazione, ma con modalità e a condizioni contrattuali differenti (dolo omissivo incidente)⁵⁶⁴.

Sotto quest'ultimo aspetto, invero, si è già evidenziata⁵⁶⁵, l'opportunità di aderire al rilievo per cui sarebbero potenzialmente idonee a costituire una pratica commerciale ingannevole non soltanto quelle fattispecie astrattamente sussumibili sotto la categoria civilistica del dolo determinante, ma anche quelle che integrino una fattispecie di dolo incidente (articolo 1440 del Codice Civile⁵⁶⁶). La definizione normativa relativa al concetto di "*decisione di natura commerciale*", contemplando espressamente la potenziale incidenza dell'attitudine lesiva della pratica commerciale in ordine alla "*decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare (...), in che modo farlo e a quali condizioni*"⁵⁶⁷, consente infatti di ricomprendere nel contesto delle fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli anche le condotte del professionista che, pur essendo prive della capacità di fungere da *causam dans* del consenso del consumatore, esercitino un'attitudine persuasiva atta a modificare gli aspetti contenutistici di una volontà negoziale che, a rigore, si sarebbe formata anche in difetto dell'indebita incidenza esplicita dalla condotta scorretta, ancorché in termini differenti⁵⁶⁸.

L'ambito di applicazione del dolo incidente, nel contesto rimediario, viene peraltro a coincidere con le ipotesi in cui possa configurarsi una responsabilità precontrattuale che legittimi una tutela di tipo risarcitorio quale rimedio sostitutivo allo strumento invalidatorio,

⁵⁶⁴ *Ibid.*; M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., pp. 486 e ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 426.

⁵⁶⁵ Si veda *supra*, capitolo 2.2.5.1.

⁵⁶⁶ Art. 1440 c.c.: "*Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*".

⁵⁶⁷ Art. 18, c. 1, lett. m, D. Lgs. 206/2005.

⁵⁶⁸ R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, cit., pp. 210-211.

rimanendo ferma, in tal senso, l'efficacia del contratto validamente concluso, pur connotato da un regolamento negoziale di ordine contenutistico divergente, e potenzialmente di maggiore sconvenienza, rispetto a quello concretamente inteso e voluto dalla parte contraente⁵⁶⁹.

Nella medesima prospettiva si pone, del resto, la cd. “*teoria dei vizi incompleti del contratto*”⁵⁷⁰ che, attraverso una interpretazione sistematico-estensiva dell'unico paradigmatico “*vizio incompleto*” del consenso espressamente contemplato dal legislatore (il dolo incidente, appunto), con l'obiettivo di colmare i vuoti di tutela lasciati dal sistema generale della validità del contratto e, dunque, allo scopo di accordare una più ampia protezione giuridica alla parte contrattualmente più debole, affida allo strumento del risarcimento del danno la tutela del contraente la cui volontà contrattuale sia stata viziata, benché non in misura tale da determinarne il consenso alla stipulazione di un contratto⁵⁷¹.

Invero, alla stregua di tale orientamento, i *vizi incompleti*, definiti tali in quanto mancanti dei presupposti che integrino una ipotesi tipica di vizio del consenso atta a legittimare l'applicabilità del rimedio invalidatorio, sarebbero ravvisabili in ogni fattispecie in cui, pur essendo stato validamente stipulato un contratto tra le parti e, quindi, non configurandosi un “*vizio completo*” tale da alterare in modo determinante la manifestazione della volontà negoziale, la parte contraente venga indotta alla contrattazione sulla base di elementi di valutazione erronei per effetto della condotta sleale della controparte che concreti una violazione dell'obbligo di informazione o della generale clausola di buona fede nella fase delle trattative. Nella specie, la tutela risarcitoria troverebbe la sua giustificazione, nella configurabilità di una responsabilità in presenza di un contratto valido ed efficace allorché “*il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo 'deformata' in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle*

⁵⁶⁹ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 699.

⁵⁷⁰ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995.

⁵⁷¹ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1293.

parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto”⁵⁷² e sia quindi tale da determinare un’alterazione della convenienza economica del regolamento negoziale per effetto della indebita alterazione del processo formativo della volontà della parte contraente⁵⁷³.

In tale contesto, pertanto, in ragione della impossibilità di un’applicazione generalizzata della disciplina dell’annullamento per le considerazioni svolte, non sorprende che taluni commentatori abbiano ravvisato nel risarcimento del danno conseguente ad una accertata responsabilità precontrattuale del professionista il rimedio più idoneo ad assicurare la tutela del consumatore che sia stato leso da una pratica commerciale sleale, consentendogli di accedere ad uno strumento agevolmente coniugabile in relazione alle circostanze concrete e agli interessi effettivi del consumatore che, nel caso di specie, potrebbe continuare a ritenere opportuna una perequazione del rapporto contrattuale⁵⁷⁴. E del resto, lo strumento risarcitorio non agirebbe sul piano contrattuale, ma essendo qualificabile in quanto rimedio civilistico di natura non-contrattuale, non precluderebbe, ove se ne ravvisino i relativi presupposti, l’esperibilità dei rimedi contrattuali in senso stretto, come la nullità e l’annullabilità del contratto⁵⁷⁵.

L’utilità di tale approccio rimediale si giustifica sull’assunto per cui la sede fisiologica delle pratiche commerciali scorrette sarebbe, di fatto, quella delle trattative negoziali e della formazione del contratto; va da sé, infatti, che il momento dello sviamento dalla decisione negoziale, determinato dall’alterazione del processo di formazione del consenso, debba necessariamente ricondursi alla fase antecedente alla stipulazione di un negozio invalido ovvero alla conclusione di un contratto valido, ma concluso a condizioni differenti rispetto a quelle

⁵⁷² M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995, p. 187. Critica la *teoria dei vizi incompleti del contratto*, asserendo che essa eluda il sistema delle invalidità predisposto dal legislatore e contesta fortemente gli effetti che discenderebbero dal suo accoglimento in ordine ad una esasperata limitazione alla libertà dei comportamenti assumibili nella fase delle trattative negoziali: G. D’AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?* in *Giust. civ. riv. trim.*, 1, Milano 2014.

⁵⁷³ F. TINTI, *Convenienza economica e tutela dell’equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale* in *Studium Iuris*, Vol. 6, Padova 2017, pp. 687 e ss.; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale* in *Judicium*, Pisa 2011, pp. 19 e ss.

⁵⁷⁴ C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 780; A. NOBILE, *op. cit.*, pp. 187 e ss.

⁵⁷⁵ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1298.

altrimenti definibili in assenza dell'indebito effetto indotto dalla pratica commerciale sleale sulla volontà negoziale⁵⁷⁶.

Come si è già avuto modo di constatare⁵⁷⁷, d'altronde, il profilo della responsabilità precontrattuale, nei recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ha valicato i confini tradizionalmente attribuiti alla *culpa in contrahendo*: imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto, l'articolo 1337 del Codice Civile, assorbendo in sé una pluralità di obblighi di condotta imposti alle parti contraenti nel rispetto dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza nella contrattazione, consente di estendere le fattispecie giuridicamente tutelate sino a ricomprendere e a qualificare, quale fonte di responsabilità precontrattuale, le ipotesi di *vizi incompleti* ovvero le fattispecie del mendacio, della reticenza, del *dolus bonus*, qualora non se ne accetti la generale sussumibilità entro l'ambito di operatività del rimedio invalidante del contratto⁵⁷⁸.

A tal fine, è necessario che tra le parti sussista una relazione qualificata che si concreti in una interazione contrattuale nel cui ambito il comportamento del professionista, contrario alla diligenza professionale, violando le aspettative e il legittimo affidamento della controparte innescata dalla buona fede, integri la violazione di un obbligo di condotta idoneo a convertirsi nel risarcimento del danno per lesione della libertà negoziale del consumatore.

E del resto, valutate in ottica civilistica, le pratiche commerciali scorrette esemplificate dal legislatore sembrano integrare *in re ipsa* la violazione del generale dovere di comportarsi secondo buona fede di cui all'articolo 1337 del Codice Civile ovvero degli obblighi di correttezza, informazione e salvaguardia della controparte e che dottrina e giurisprudenza tendono a desumere per specificazione dal principio generale⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ *Ibid.* E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1295 e ss.

⁵⁷⁷ Vedi *supra*, capitolo 1.2.1.

⁵⁷⁸ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1295 e ss.

⁵⁷⁹ A. NOBILE, *op. cit.*, p. 188.

Per le ragioni appena menzionate, in definitiva, non sembrerebbero rinvenirsi particolari ostacoli ad ammettere l'applicabilità dell'articolo 1337 del Codice Civile e della conseguente tutela risarcitoria a favore del consumatore che abbia subito una lesione concreta e attuale nella sua sfera di interessi, determinatasi per effetto della pratica commerciale scorretta perpetrata a suo danno dal professionista⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 1295 e ss.

CONCLUSIONI

La presente trattazione è stata ispirata all'obiettivo di esaminare, in una prospettiva atta a coniugare i contenuti e le finalità sottese alla materia contrattuale con quelli attinenti alla disciplina consumeristica di derivazione comunitaria, i potenziali effetti esplicantesi nel procedimento formativo della volontà negoziale del consumatore in ragione della perpetrazione, in suo pregiudizio, di una pratica commerciale scorretta.

Attraverso la complessiva disamina della *ratio* ispiratrice e degli essenziali profili contenutistici della normativa in oggetto, si è avuto modo di porre in risalto la potenzialità lesiva che il comportamento omissivo o commissivo del professionista, integrante una pratica commerciale aggressiva o ingannevole, è idoneo a determinare sul consenso del consumatore in ordine ad una deliberazione commerciale. Segnatamente, in una visione fortemente incentrata sull'esigenza di presidiare e garantire la libertà di scelta e la capacità di autodeterminazione del consumatore, si è inteso mettere in luce l'intrinseca portata decettiva della pratica commerciale ingannevole e l'effetto distorsivo veicolato da una pratica commerciale aggressiva, per il tramite dell'abusivo approfittamento di situazioni di inferiorità strutturale e di vulnerabilità emotive o psico-sociali.

Su tali riflessioni si è quindi innescata, secondo una prospettiva squisitamente privatistica, una maggiore attenzione per il profilo negoziale, conducendo all'ineludibile considerazione per cui, ove la decisione commerciale assunta dal consumatore sotto l'indebita influenza di una pratica commerciale scorretta si concreti nella stipulazione di un contratto o nell'assunzione di un determinato regolamento negoziale, verosimilmente connotato da una degenerazione della convenienza economica dell'affare ai danni del consumatore-contraente, il consenso prestato alla contrattazione dall'utente non può assumersi libero. Per converso, la manifestazione di volontà così espressa deve intendersi intrinsecamente viziata per effetto di una turbativa esterna che ne abbia abusivamente manipolato il processo formativo.

Sulla base di tale imprescindibile premessa sistematica, l'analisi si è incentrata ad esaminare le riflessioni dottrinali che, a fronte del silenzio legislativo in ordine alla definizione dei possibili strumenti di tutela individuale del consumatore e alla sorte del contratto concluso "a valle" di una pratica commerciale scorretta, hanno teorizzato l'applicabilità di distinte forme rimediali ricavate attraverso una rivalorizzazione dei tradizionali strumenti di natura invalidatoria e risarcitoria contemplati nel Codice Civile. L'integrazione del binario di tutela espressamente prefigurato in via legislativa e connesso all'*enforcement pubblicistico*, per il tramite della determinazione dei rimedi privatistici esperibili dal consumatore, in una dimensione strettamente individuale del rapporto obbligatorio instaurato con il professionista, è infatti parso quale obiettivo primario delle progressive riflessioni dottrinali che si sono sviluppate sul tema. E di tale stringente necessità, la presente trattazione ha voluto certamente dare atto, ferma nella considerazione della esigenza di definire forme di tutela individuale del consumatore che abbia subito, nella sua personale sfera di interessi, un pregiudizio concreto e attuale in conseguenza dell'adozione della pratica commerciale scorretta.

Pur nella consapevolezza della vasta panoramica rimediale astrattamente prospettabile agli occhi dell'interprete, in ragione del profluvio di rimedi a tutela del contraente previsti dall'ordinamento e della varietà delle soluzioni a tal stregua contemplate nell'ambito delle legislazioni dei diversi Stati membri, la complessiva disamina dei potenziali strumenti di tutela operanti a favore del consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, sulla scorta delle prevalenti posizioni dottrinali, si è incentrata sulle tutele risarcitorie e invalidatorie.

Con particolare riguardo all'ambito dei rimedi invalidanti, in considerazione degli importanti contributi emersi dagli orientamenti della Corte di Cassazione pronunciatisi a Sezioni Unite in merito alla violazione di norme di comportamento, nel cui alveo rientrano anche le disposizioni volte a reprimere e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, l'analisi in tal sede condotta ha portato a escludere, in primo luogo, la praticabilità di forme di tutela connesse alla cd. *nullità virtuale* e, pertanto, l'attenzione che ha imperniato il presente elaborato

si è incentrata, sotto il profilo degli strumenti invalidatori, a valutare le prospettive di coordinamento delle fattispecie di cui si discorre rispetto all'applicabilità dei rimedi dell'annullamento e della nullità del contratto *ex* articolo 1418 commi 2 e 3 del Codice Civile.

Segnatamente, la nullità del contratto, conformata alla stregua di una nullità di protezione operante a vantaggio esclusivo del consumatore, ove non testualmente prevista dal legislatore, è parso rimedio invocabile a fronte di limitate fattispecie di pratiche commerciali scorrette nel cui contesto la condotta del professionista, incidendo su taluno degli elementi costitutivi del contratto (l'oggetto, la causa, l'accordo), consenta di fatto una penetrazione della violazione della norma imperativa all'interno del regolamento negoziale, conseguentemente determinandone l'illiceità.

Positive prospettive di raccordo sono poi emerse, nell'ambito della complessiva ricostruzione ermeneutica, in merito all'applicabilità della disciplina codicistica dell'annullamento del contratto, per incapacità naturale o vizi del consenso, rispetto alle fattispecie di pratiche commerciali scorrette che in concreto integrino i presupposti contemplati dal legislatore a consentire l'esperibilità del relativo rimedio.

E, tuttavia, si è più volte ribadita, con riferimento alle delineate forme di tutela invalidatoria, la necessità di escludere ogni automatismo operativo che permetta un'applicazione generalizzata e aprioristica del rimedio della nullità e dell'annullamento del contratto sulla base di una mera assonanza definitoria e contenutistica delle relative fattispecie.

Per converso, il difetto, nel caso di specie, dei requisiti normativi atti a legittimare l'esperibilità dei rimedi invalidatori, ha portato a escluderne la concreta praticabilità, consentendo tuttavia di ravvisare, con peculiare riguardo alle fattispecie di pratiche commerciali scorrette che integrino un vizio incompleto e alla violazione di norme imperative che attengano a regole di comportamento, i margini per invocare una forma di tutela di tipo risarcitorio, specificamente correlata ad una prefigurata responsabilità contrattuale o precontrattuale del professionista che abbia posto in essere una pratica commerciale scorretta.

Le difficoltà e i limiti di coordinamento emersi nell'attività di ricostruzione e attualizzazione degli istituti civilistici, per valutarne la conformità rispetto alle fattispecie oggetto della normativa in rilievo, hanno messo in risalto le problematiche generate dal silenzio legislativo in ordine alla definizione delle forme di tutela di stampo civilistico evocabili dal consumatore leso da pratiche commerciali sleali, rimanendo invero fortemente auspicabile un intervento del legislatore atto a introdurre in via normativa una esplicita soluzione.

Dell'esigenza di colmare le lacune dell'apparato rimediale risultanti dall'attuale coordinamento dei rapporti tra la disciplina consumeristica e quella civilistica, sembra aver preso recentemente atto l'ordinamento italiano. Invero, il Disegno di Legge n. 1151 del 2019⁵⁸¹, ancora in fase di esame in commissione al momento della stesura della presente trattazione, ha delegato al Governo, in una complessiva attività di revisione e integrazione del Codice Civile, anche il compito di “*disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (...) determinano l'invalidità del contratto concluso*”⁵⁸². Nonostante l'ambiguità del riferimento alle pratiche *negoziali* scorrette, la delega consentirebbe all'esecutivo di regolamentare i profili di validità attinenti al contratto asimmetrico, restando fermi gli strumenti preventivi affidati alla tutela di fonte pubblicistico-amministrativa, con l'obiettivo di fornire al consumatore e, più in generale, alla parte contrattuale che ricopra una posizione di inferiorità strutturale rispetto alla controparte, un rimedio di natura contrattuale, idoneo ad atteggiarsi, nella normativa delegata, alla stregua della nullità testuale o dell'annullabilità del contratto. Nondimeno, al legislatore delegato sembrerebbe preclusa la facoltà di intervenire sul piano dei rimedi risarcitori, comportando la reviviscenza delle immanenti difficoltà operative e delle problematiche attinenti all'assolvimento dell'onere

⁵⁸¹ Disegno di Legge S. 1151, “*Delega al Governo per la revisione del codice civile*”, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro della giustizia, comunicato alla Presidenza il 19 Marzo 2019.

⁵⁸² Art. 1, c. 1, lett. g), DDL S. 1151.

probatorio gravante sul consumatore che intenda agire per il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'adozione di pratiche commerciali scorrette⁵⁸³.

Peraltro, la sostanziale determinazione legislativa verso forme di rimedi invalidatori sembrerebbe escludere l'esperibilità di rimedi caducatori diversi (si pensi, in via esemplificativa, al diritto di recesso, al diritto alla riduzione del prezzo, al diritto alla riparazione o alla sostituzione del bene), in contrapposizione all'immanente finalità perseguita in sede comunitaria e improntata alla conservazione del contratto, a presidio dell'efficienza delle transazioni, in una logica che riflette il bisogno di protezione del consumatore quale strumento meramente incidentale rispetto alla garanzia della correttezza e dell'efficienza del mercato.

E invero, in tale prospettiva, il legislatore comunitario è recentemente intervenuto con la Direttiva (UE) 2019/2161⁵⁸⁴, allo stato non ancora recepita nell'ordinamento italiano, a statuire in ordine alla necessità che gli Stati membri predispongano un apparato rimediale, la cui concreta definizione permane nella discrezionalità dei singoli legislatori nazionali, che sia idoneo a garantire ai consumatori lesi da una pratica commerciale sleale la disponibilità di rimedi proporzionati ed effettivi, tra i quali espressamente risultano contemplati il diritto al risarcimento dei danni e, ove pertinenti, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto⁵⁸⁵.

⁵⁸³ C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile* in *Contr.*, 5, Milano 2019, pp. 493 e ss.

⁵⁸⁴ DIRETTIVA (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 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 (cd. *Direttiva Omnibus*), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 328/7 del 18 Dicembre 2019.

⁵⁸⁵ Considerando 16, Direttiva (UE) 2019/2161: “*Gli Stati membri dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette. L'adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali faciliterebbe l'esecuzione a livello privato. Il consumatore dovrebbe poter ottenere il risarcimento dei danni e, se pertinente, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo proporzionato ed efficace. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione, per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per garantire l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti dei rimedi per i consumatori. Nell'applicare tali rimedi si potrebbe tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti, quali la condotta scorretta del professionista o l'inadempimento del contratto*”. L'articolo 3, c. 5, prevede una modifica della Direttiva 2005/29/CE, attraverso l'introduzione di un nuovo art. 11-bis, rubricato “*Rimedi*”, che testualmente prevede: “*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*

In attesa dell'implementazione della recente normativa di fonte comunitaria nell'ordinamento giuridico italiano e dell'intervento, auspicabilmente definitivo, del legislatore delegato a garantire un'adeguata tutela che investa la dimensione individuale e la sfera privatistica del consumatore, permane la necessità di assicurare la centralità della libertà e della capacità di autodeterminazione del consumatore. L'interprete del diritto, pertanto, trascendendo ogni considerazione di opportunità economica, è chiamato a individuare, attraverso un'energica attività di ricostruzione ermeneutica che importi l'attualizzazione degli istituti e dei rimedi contemplati nel Codice Civile, gli strumenti di tutela individual-privatistica che, in aderenza alle circostanze della fattispecie concreta, consentano il pieno soddisfacimento dell'obiettivo, primario nel contesto della relazione endocontrattuale, di presidiare la libertà di scelta e l'integrità della volontà del consumatore-contraente debole.

sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale".

BIBLIOGRAFIA

Adamo, Giovanni. *Pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa* in AA.VV. *Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumatori* a cura di G. Cassano, A. Catricalà e R. Clarizia, Milano: UTET giuridica 2018

Albanese, Antonio. *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corriere giuridico*, f. 1, Milano: IPSOA 2008

Alessi, Rosalba. *La disciplina generale del contratto*, Torino: Giappichelli 2019

Alpa, Guido. *Il diritto dei consumatori*, Bari: Laterza 2002

Alpa, Guido e Rossella Delfino. *Il contratto nel Common Law inglese*, III ed., Padova: CEDAM 2005

Angelini, Roberta. *Commento sub art. 18* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano: Giuffrè 2019

Astone, Maria Annunziata. *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo* in *Europa e diritto privato.*, 1, Milano: Giuffrè 2014

Barcellona, Mario. *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale* in *Judicium*, Pisa: Pacini Editore 2011

Bargelli, Elena. *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

Bartolomucci, Pierfrancesco. *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura* in *I Contratti*, 10, Milano: IPSOA 2005

Bartolomucci, Pierfrancesco. *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo* in *Rassegna di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2008

Bartolomucci, Pierfrancesco. *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Battelli, Ettore. *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole* in *I Contratti*, 12, Milano: IPSOA 2007

Bauman, Zygmunt. *Consumo, dunque sono*, Bari: Laterza 2008

Bellisario, Elena. *Articolo 18, comma 1, lettera c) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Bianca, Cesare Massimo. *Diritto civile, Vol. 3: Il contratto*, Milano: Giuffrè 2000

Bortone, Pierpaolo. *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Brodi, Elisa. *Dal "contratto" al "contatto" con il professionista: come è mutata la tutela del consumatore alla luce della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette* in AA.VV. *Scritti Giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano: EGEA 2011

Broggiato, Teresa. *La direttiva n.2005/29 sulle pratiche commerciali sleali* in *Rivista di diritto Bancario*, II, 2006

Calvo, Roberto. *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune* in *Contratto e impresa. Europa*, Padova: CEDAM 2007

Calvo, Roberto. *Le pratiche commerciali "ingannevoli"* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

Calvo, Roberto. *Commento sub art. 21 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

Camardi, Carmelita. *Pratiche commerciali scorrette e invalidità in Obbligazioni e Contratti*, Torino: UTET giuridica 2010

Camardi, Carmelita. *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo in Jus Civile, 5*, Torino: Giappichelli 2013

Catricalà, Antonio. *Le pratiche commerciali scorrette in AA. VV. Diritto dei Consumatori* a cura di Guido Alpa e Antonio Catricalà, Bologna: Il Mulino 2016

Cherubini, Maria Chiara. *Pratiche commerciali ingannevoli ed effetti sul contratto: alcune osservazioni ed un'ipotesi*, in AA.VV. *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano: Giuffrè 2008

Ciatti, Alessandro. *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva in AA.VV. Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

Ciatti, Alessandro. *Commento sub art. 27 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

Costa, Andrea. *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà in AA.VV. Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Dalle Vedove, Giampaolo. *Le pratiche commerciali aggressive in AA. VV. I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008

D'Amico, Giovanni. *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto in Rivista di diritto civile, 1*, Padova: CEDAM 2002

D'Amico, Giovanni. Voce “*Formazione del contratto*” in *Enciclopedia del diritto. Annali II*, Milano: Giuffrè 2008

D'Amico, Giovanni. *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?* in *Giustizia Civile Rivista Trimestrale*, 1, Milano: Giuffrè 2014

De Cristofaro, Giovanni. *La Direttiva 2005/29/CE* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

De Cristofaro, Giovanni. *L'attuazione della Direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

De Cristofaro, Giovanni. *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della “scorrettezza”* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

De Cristofaro, Giovanni. *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

De Cristofaro, Giovanni. *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE* in *Rassegna di diritto civile*, 3, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2010

De Cristofaro, Giovanni. *Commento sub art. 18* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Cristofaro, Giovanni. *Commento sub art. 19* in AA. VV. *Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Cristofaro, Giovanni. *Commento sub art. 20 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Cristofaro, Giovanni. *Commento sub art. 39 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Cristofaro, Giovanni. *Pratiche commerciali scorrette e “microimprese” in Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova: CEDAM 2014

De Franceschi, Alberto. *Commento sub art. 21 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Franceschi, Alberto. *Commento sub art. 22 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

De Franceschi, Alberto. *Commento sub art. 24 in AA. VV. Commentario breve al Diritto dei Consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)* a cura di Giovanni De Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova: CEDAM 2013

Di Cataldo, Vincenzo. *Conclusioni in AA. VV. I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008

Di Mauro, Leonella. *L'iter normativo: dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori alla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali in AA.VV. Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Di Nella, Luca. *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive, in Contratto e impresa. Europa*, Padova: CEDAM 2007

Di Nella, Luca. *Le pratiche commerciali “aggressive”* in AA.VV. *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Torino: Giappichelli 2008

Dona, Massimiliano. *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della Direttiva 2005/29/CE* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Dona, Massimiliano. *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*. Torino: UTET giuridica 2008

Fachechi, Alessia. *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni* in AA. VV. *Diritti e tutele dei consumatori* a cura di Giuseppe Recinto, Lorenzo Mezzasoma, Stefano Cherti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2014

Fachechi, Alessia. *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il “sistema” dei rimedi negoziali* in *Studium Iuris*, Vol. 21, II, Padova: CEDAM 2015

Freni, Elisabetta. *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, IPSOA 2008

Gentili, Aurelio. *Codice del consumo ed esprit de géométrie* in *I Contratti*, 2, Milano: IPSOA 2006

Gentili, Aurelio. *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Rivista di diritto privato*, Bari: Cacucci 2010

Girinelli, Federica. *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediale del public and private enforcement* in *Jus Civile*, 6, Torino: Giappichelli 2016

Granelli, Carlo. *“Le pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, Torino: UTET giuridica 2007

Granelli, Carlo. *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile* in *I Contratti*, 5, Milano: IPSOA 2019

Grisi, Giuseppe. *Rapporto di consumo e pratiche commerciali in Europa e diritto privato*, I, Milano: Giuffrè 2013

Kirschen, Sabina. *Articolo 18, comma 1, lettera a) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

La Rocca, Laura. *Commento sub art. 24* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano: Giuffrè 2019

Labella, Enrico. *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici* in *Contratto e impresa*, f. 3, vol. 29, Padova: CEDAM 2013

Labella, Enrico. *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"* in *Europa e diritto privato*, Milano: Giuffrè 2015

Labella, Enrico. *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino: Giappichelli 2018

Labella, Enrico. *Pratiche commerciali scorrette* in AA.VV. *Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumatori* a cura di G. Cassano, A. Catricalà e R. Clarizia, Milano: UTET giuridica 2018

Lambrini, Paola. *Dolo colposo: una figura della scienza giuridica romana* in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità* a cura di L. Garofalo, Napoli: Jovene Editore 2011

Libertini, Mario. *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008

Libertini, Mario. *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in *Contratto e Impresa*, I, Padova: CEDAM 2009

Magno, Maria Letizia. *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Mancini, Antonio. *Articolo 27, commi 1-6 – Tutela amministrativa e giurisdizionale* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Mantovani, Manuela. *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino: Giappichelli 1995

Marino, Giuseppe. *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore* in *Contratto e impresa. Europa*, Padova: CEDAM 2014

Massa, Fabiola. *Commento sub art. 20* in AA. VV. *Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano: Giuffrè 2019

Maugeri, Maria Rosaria. *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008

Maugeri, Maria Rosaria. *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian* a cura di De Giorgi Maria Vita, Delle Monache Stefano, De Cristofaro Giovanni, II, Padova: CEDAM 2010

Meli, Vincenzo. *Le pratiche sleali ingannevoli* in AA. VV. *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di Anna Genovese, Padova: CEDAM 2008

Meli, Vincenzo. *"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 Vincenzo Meli e Pierpaolo Marano, Torino: Giappichelli 2011

Minervini, Enrico. *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Mirone, Aurelio. *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali scorrette* in *AIDA*, v. 1, f. XVII, Milano: Giuffrè 2008

Nobile, Antonino. *La tutela civilistica avverso le pratiche commerciali scorrette* in *Contratto e impresa. Europa*, Padova: CEDAM 2014

Nuzzo, Mario. *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Orlando, Salvatore. *Le informazioni*, Padova: CEDAM 2012

Partisani, Renato. *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva* in *Responsabilità civile e previdenza*, f. 2, vol. 73, Milano: Giuffrè 2008

Perlingieri, Pietro. *Nuovi profili del contratto* in *Rivista critica del diritto privato*, f. 2/3, v. 19, Bologna: Il Mulino 2001

Perugini, Sara. *Articolo 23, comma 1, lettere a) -m) – Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Perugini, Sara. *Articolo 26, comma 1, lettere a) -d) – Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Perugini, Sara. *Articolo 27, commi 7-12 – Tutela amministrativa e giurisdizionale* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Pica, Tiziana. *Articolo 21, comma 1 – Pratiche commerciali ingannevoli* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Pinto, Francesco. *I codici deontologici e la Direttiva 2005/29/CE in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Rabbits, Maddalena. *Articolo 20 – Divieto delle pratiche commerciali scorrette* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Rende, Francesco. *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale* in *I Contratti*, 8-9, Milano: IPSOA 2012

Ricciuto, Vincenzo. *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto* in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 2008

Ricciuto, Vincenzo. *Articolo 19 – Ambito di applicazione* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Rossi Carleo, Liliana. *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano: Giuffrè 2007

Rossi Carleo, Liliana. *Le pratiche commerciali sleali* in AA.VV. *Manuale di diritto privato europeo* a cura di Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto, Milano: Giuffrè 2007

Rossi Carleo, Liliana. *Articolo 18, comma 1, lettera d) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Rossi Carleo, Liliana. *Articolo 18, comma 1, lettera e) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Rossi Carleo, Liliana. *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette in Europa e diritto privato*, III, Milano: Giuffrè 2010

Sacco Ginevri, Andrea. *La Direttiva 2005/29/CE e la disciplina della concorrenza* in AA.VV. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. R. Carleo, Milano 2007

Sacco, Rodolfo. *Il contratto* in *Trattato di Diritto Civile* a cura di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, I, III ed., Torino: UTET 2004

Seminara, Antonio Paolo. *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette* in *I Contratti*, 6, Milano: IPSOA 2018

Seminara, Antonio Paolo. *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità* in *Contratto e Impresa*, 1, Padova: CEDAM 2020

Scali, Marianna. *Articolo 18, comma 1, lettera h) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Scali, Marianna. *Articolo 18, comma 1, lettera l) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Scali, Marianna. *Articolo 18, comma 1, lettera m) - Definizioni* in AA.VV. *Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Scognamiglio, Claudio. *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 3, Milano: Giuffrè 2008

Solinas, Carla. *Articolo 24 – Pratiche commerciali aggressive in AA.VV. Le modifiche al codice del consumo* a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Torino: Giappichelli 2009

Stella, Serena. *Commento sub art. 27 in AA. VV. Codice del Consumo commentato* a cura di Vincenzo Cuffaro, Milano: Giuffrè 2019

Tenella Sillani, Chiara. *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore in Obbligazioni e contratti*, Torino: UTET giuridica 2009

Tinti, Federica. *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale in Studium Iuris*, Vol. 6, Padova: CEDAM 2017,

Torino, Raffaele. *Inequality of Bargaining Power e giustizia contrattuale (un seguito a Lloyd Bank LTD v. Bundy)* in *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, a cura di A. Miranda, vol. III, Torino: Giappichelli 2015

Torrente, Andrea e Schlesinger, Piero. *Manuale di diritto privato* a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, XXII ed., Milano: Giuffrè 2015

Troiani, Umberto. *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette in Consumatori, diritti e mercato*, numero 3/2007

Venuti, Maria Carmela. *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria in Europa e diritto privato*, IV, Milano: Giuffrè 2000

Vigoriti, Luigi Giacomo. *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, Milano: Giuffrè 2007

Zorzi Galgano, Nadia. *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova: CEDAM 2012

Zorzi Galgano, Nadia. *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta* in *Contratto e impresa*, Padova: CEDAM 2011

SITOGRAFIA

Camera di Commercio di Ancona. *Le pratiche commerciali scorrette. Pubblicità ingannevole, omissione delle controindicazioni, informazioni “non trasparenti”: cosa prevede la legge a tutela del consumatore e come segnalare una pratica commerciale scorretta* in *I Quaderni del Consumatore*, 2012

http://www.an.camcom.gov.it/sites/default/files/le_pratiche_commerciali_scorrette_web.pdf

NORMATIVA ITALIANA

REGIO DECRETO 16 marzo 1942, n. 262 “*Approvazione del testo del Codice civile*”, in Gazzetta Ufficiale n. 79 del 4 aprile 1942

DECRETO LEGISLATIVO 24 FEBBRAIO 1998, N. 58 “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*”, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, in Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998

LEGGE 6 MAGGIO 2004, N. 129 “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, in Gazzetta Ufficiale n. 120 del 24 maggio 2004

DECRETO LEGISLATIVO 19 AGOSTO 2005, N. 190 “*Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*”, in Gazzetta Ufficiale n. 221 del 22 settembre 2005

DECRETO LEGISLATIVO 6 SETTEMBRE 2005, N. 206 “*Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*”, in Gazzetta Ufficiale n. 235 del 8 ottobre 2005 - Supplemento Ordinario n. 162

LEGGE N.29 del 25 GENNAIO 2006 “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2005*”

DECRETO LEGISLATIVO 2 AGOSTO 2007, N. 145 "*Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*", in Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2007

DECRETO LEGISLATIVO 2 AGOSTO 2007, N. 146 "*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*", in Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2007

DECRETO LEGISLATIVO 23 OTTOBRE 2007, N. 221 "*Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229*", in Gazzetta Ufficiale n. 278 del 29 novembre 2007

DECRETO LEGGE 24 GENNAIO 2012, N. 1 "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", in Supplemento ordinario n. 18/L alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 19 del 24 gennaio 2012

LEGGE 24 MARZO 2012, N. 27 "*Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1: Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture*", in Supplemento Ordinario n. 53, relativo alla G.U. 24/03/2012, n. 71

DECRETO LEGISLATIVO 21 FEBBRAIO 2014, N. 21 "*Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*", in Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 Novembre 2014

DISEGNO DI LEGGE S. 1151, "*Delega al Governo per la revisione del codice civile*", presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro della giustizia, comunicato alla Presidenza il 19 Marzo 2019

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

AGCM, decisione del 4 Settembre 2008 n. 18829 in *Giust. Civ.*

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 5610 del 18 ottobre 1980, in Ventiquattrore Avvocato

Pretura di Bologna, 8 Aprile 1997, in Giustizia civile, 1998

Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 5297 del 29 maggio 1998, in banca dati DeJure

Tribunale di Terni, sentenza del 6 Luglio 2004, in Giur.it.

Tribunale di Parma, sentenza del 6 luglio 2005, in ilcaso.it

Tribunale di Marsala, sentenza del 12 luglio 2005, in ilcaso.it

Cassazione civile., Sez. I, sentenza n. 19024 del 29 Settembre 2005, in ilcaso.it

Tribunale di Torino, sentenza del 7 novembre 2005, in ilcaso.it

Tribunale di Cagliari, sentenza del 2 gennaio 2006, in ilcaso.it

Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 9253 del 20 aprile 2006 in PlusPlusDiritto

Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 2479 del 5 febbraio 2007 in PlusPlusDiritto

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza n. 3686 del 16 Febbraio 2007, in Il Corriere Giuridico

Cassazione, Sezioni Unite, sentenze n. 26724 del 19 dicembre 2007 in PlusPlusDiritto

Cassazione, Sezioni Unite, sentenze n. 26725 del 19 dicembre 2007 in PlusPlusDiritto

Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 16663 del 19 giugno 2008, in PlusPlusDiritto

TAR LAZIO, Sez. I, sentenza n. 3778 del 14 aprile 2009 in banca dati Pluris

TAR LAZIO, Sez. I, sentenza n. 1947 del 11 febbraio 2010 in banca dati Pluris

TAR LAZIO, Sez. I, sentenza n. 2828 del 23 febbraio 2010 in banca dati Pluris

TAR LAZIO, Sez. I, sentenza n. 3287 del 3 marzo 2010 in banca dati Pluris

Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 16149 del 8 luglio 2010, in banca dati DeJure

TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5390 del 16 giugno 2011, in banca dati PlusPlusDiritto

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 3763 del 22 giugno 2011, in banca dati DeJure

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 4800 del 24 agosto 2011, in banca dati DeJure

Cassazione civile, Sez. III, sentenza dell'8 febbraio 2012, n. 1770, in PlusPlusDiritto

Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 6526 del 26 aprile 2012, in banca dati DeJure

Cassazione civile, Sez. L, sentenza n. 7751 del 17 maggio 2012 in PlusPlusDiritto

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 3588 del 20 giugno 2012, in banca dati DeJure

TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 7837 del 5 agosto 2013, in banca dati DeJure

Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 9636 del 12 maggio 2015, in banca dati Pluris

Cassazione civile, Sez. Lavoro, sentenza n. 2327 del 5 febbraio 2016, in banca dati Pluris

Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016, in banca dati DeJure

TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 782 del 21 gennaio 2019, in banca dati PlusPlusDiritto

Tribunale di Bologna, sentenza n. 358 del 2 febbraio 2018 in banca dati DeJure

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 1428 del 27 febbraio 2020, in banca dati Pluris

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2414 del 14 aprile 2020, in banca dati Pluris

NORMATIVA COMUNITARIA

DIRETTIVA 84/450/CEE del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 250 del 19 Settembre 1984

DIRETTIVA 89/552/CEE del Consiglio del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in G.U.C.E., n. L 298 del 17 Ottobre 1989, come modificata dalla DIRETTIVA 1997/26/CE

DIRETTIVA 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

COMMISSIONE EUROPEA, Libro Verde sulle Comunicazioni commerciali nel mercato interno, COM (1996) 192 def.

COMMISSIONE PER I PROBLEMI ECONOMICI E MONETARI E LA POLITICA INDUSTRIALE, Relazione del Parlamento Europeo del 24 Giugno 1997 sul Libro Verde della Commissione "La comunicazione commerciale nel mercato interno"

DIRETTIVA 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, in G.U.C.E, n. L 136 del 30 Aprile 2004

DIRETTIVA 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in G.U.C.E., n. L 178 del 17 Luglio 2000

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*, COM (2001) 531 def.

DIRETTIVA 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in G.U.C.E., n. L 311 del 28 Novembre 2001, come modificata dalla Direttiva 2004/27/CE del 31 Marzo 2004

COMMISSIONE EUROPEA, *Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE*, COM (2002) 289 def.

DIRETTIVA 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in G.U., n. L 152 del 9 Ottobre 2002

DIRETTIVA 2003/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, in G.U.C.E., n. L 152 del 20 Giugno 2003

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*»), in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 149 dell'11 Giugno 2005

DIRETTIVA 2006/114/CE del 12 Dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata), in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 376 del 27 Dicembre 2006

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, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 304/64 del 22 Novembre 2011

TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA (TUE), in Gazzetta ufficiale n. C 326 del 26 Ottobre 2012

DIRETTIVA (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 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 (cd. *Direttiva Omnibus*), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 328/7 del 18 Dicembre 2019

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia UE, Quinta Sezione, sentenza del 16 luglio 1998, causa C-210/96 in ECLI:EU:C:1998:369

Corte di Giustizia UE, sentenza del 22 giugno 1999, causa C-342/97 in ECLI:EU:C:1999:323

Corte di Giustizia UE, Quinta Sezione, sentenza del 13 gennaio 2000, causa C-220/98 in ECLI:EU:C:2000:8

Corte di Giustizia UE, Sesta Sezione, sentenza del 12 febbraio 2004, causa C-218/01 in ECLI:EU:C:2004:88

Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza del 15 marzo 2012, causa C-453/10., in ECLI:EU:C:2012:144

Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza del 19 settembre 2013, causa C-435/11 in ECLI:EU:C:2013:574

Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza del 16 aprile 2015, causa C-388/13 in ECLI:EU:C:2015:225

NORMATIVA ESTERA (PAESI UE)

Bürgerliches Gesetzbuch - Codice Civile tedesco del 1° gennaio 1900 (GERMANIA)

Code de la consommation – Codice del Consumo francese del 18 gennaio 1992 (FRANCIA)

Kaubandustegevuse Seadus - legge generale estone sulla tutela del consumatore n. 12, 78 dell'11 febbraio 2004 (ESTONIA)

Lov 1389/2005 om markedsføring med senere ændringer – legge n. 1389 del 21 dicembre 2005 (DANIMARCA)

Lov 2006-12-20 nr. 1547 om ændring af lov om markedsføring – legge n. 1547 del 20 dicembre 2006 (DANIMARCA)

Consumer Protection Act 2007 del 21 aprile 2007 (IRLANDA)

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – legge del 23 agosto 2007 (POLONIA)

Tarbijakaitseaduse Ja Võlaõigusseaduse Muutmise Seadus – legge n. 56, 375 dell'11 ottobre 2007 (ESTONIA)

LEGE privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii – legge n. 363 del 21 dicembre 2007 (ROMANIA)

Kodiçi Kummerçjali (Kap 13 tal-Ligijiet ta' Malta) - legge n. 2 del 29 gennaio 2008 (MALTA)

Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março - decreto legge n. 57 del 26 Marzo 2008 (PORTOGALLO)

The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 dell'8 maggio 2008 (*Statutory Instruments n. 1277/2008*) – (REGNO UNITO)

Guidance on the UK Regulations (May 2008) implementing the Unfair Commercial Practices Directive (REGNO UNITO)

2008. évi XLVII. Törvény a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról – legge n. 47 del 28 giugno 2008 (UNGHERIA)

Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb - prima legge che modifica la legge contro la concorrenza sleale del 22 dicembre 2008 (GERMANIA)

Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales déloyales et modifiant – legge del 29 aprile 2009 (LUSSEMBURGO)

Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur - legge del 6 aprile 2010 (BELGIO)

Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 (Statutory Instruments n. 870/2014) del 31 marzo 2014 (REGNO UNITO)

CASE-LAW INGLESE

Lloyds Bank Ltd. v. Bundy [1974] EWCA Civ 8, [1975] QB 326, [1974] 3 All ER 757