

Tutela dei consumatori

La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette

di Antonio Paolo Seminara (*)

Lo scritto analizza gli strumenti civili di tutela, sia risarcitoria che invalidatoria, del consumatore, i quali appaiono come un necessario complemento della disciplina pubblicistica volta a reprimere le pratiche commerciali scorrette. In particolare, l'esigenza di tutela della libertà del consumatore giustifica, a fronte di pratiche commerciali scorrette, una lettura non restrittiva delle norme in materia di responsabilità precontrattuale e di annullabilità del contratto per vizi del consenso o incapacità, in modo da garantire a questi rimedi un effettivo ambito di operatività.

Introduzione

L'assenza di un'espressa disposizione sulle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette, tanto nella relativa normativa europea (Dir. 29/05) quanto in quella nazionale (artt. 18-27 *quater* D.Lgs. 206/2005), impongono allo studioso del diritto civile il compito, non privo di difficoltà, di verificare l'attualità degli istituti codicistici, e la loro applicabilità anche ai casi previsti dalla legislazione speciale. Occorre, quindi, analizzare la capacità, da parte del codice civile e dei rimedi dallo stesso previsti, di assicurare una piena tutela individuale e concreta a chi si ritenga leso, nella propria sfera giuridica patrimoniale, dalle pratiche commerciali scorrette. La vocazione pubblicistico-amministrativa della loro normativa, che mira ad una corretta regolazione dell'attività imprenditoriale e, più in generale, dell'intero mercato, non esclude l'importanza di una protezione degli interessi individuali ogni volta coinvolti e lesi dalle pratiche stesse.

Più volte, infatti, è stata sottolineata la complementarità tra *public enforcement* e *private enforcement*, ovvero tra tutela pubblicistico-amministrativa e tutela individual-privatistica, tanto in ambito concorrenziale quanto in quello consumeristico.

La differente *ratio* che anima le due normative, quella civilistica e quella delle pratiche commerciali, pone

non pochi problemi all'opera di ricostruzione teorica degli effetti civili di queste. Il sistema di tutela, soprattutto invalidatorio, delineato dal codice civile non si manifesta pienamente in linea con il fine ultimo dell'efficienza e della correttezza dell'attività imprenditoriale, caratterizzante la disciplina europea del consumo. Tuttavia non può escludersi l'importanza, attribuita implicitamente dallo stesso legislatore europeo (art. 19 Dir. 05/29), di un binario di tutela alternativo a quello amministrativo, più attento alla posizione individuale concretamente lesa da una pratica commerciale.

La non automatica applicazione degli istituti civilistici rende, però, necessaria la verifica, di volta in volta, dei relativi presupposti, i quali verranno analizzati nel corso della trattazione.

Dopo aver definito nel primo capitolo le pratiche commerciali scorrette, si passerà alla successiva valutazione dei loro possibili effetti civili, extracontrattuali e contrattuali.

Cenni sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi ammissibili

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette (1), introdotta con la Dir. 2005/29/CE, rappresenta una risposta giuridica a quelli che sono gli effetti

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Per approfondimenti sul tema cfr.: E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2016, 425 ss. e

negativi prodotti dall'economia di mercato concorrenziale, quindi ai suoi fallimenti ed alle sue iniquità. L'affinamento delle tecniche di marketing e l'aumento esponenziale delle forme di contatto con il consumatore, ben più efficaci e penetranti (2) rispetto al passato, hanno determinato una progressiva sensibilizzazione del tema della sua protezione (3).

In passato si riteneva che la tutela del consumatore dovesse limitarsi ad assicurare una corretta e chiara informazione sul contenuto contrattuale. Successivamente, si rafforzò la consapevolezza che "occorreva agire sul livello della consapevolezza del consumatore prima della contrattazione, perché i rimedi funzionali alla non corretta esecuzione del rapporto erano in molti, troppi casi, inefficaci" (4).

Il giurista ha preso, dunque, coscienza della necessità di estendere la tutela normativa anche a momenti che, sebbene ancora distanti da circostanze "paracontrattuali", assumono una rilevanza tutt'altro che indifferente per la libertà (anche contrattuale) del consumatore.

La normativa europea introdotta dalla direttiva del 2005 introduce, così, una tutela generale e preventiva, delineando un *corpus* di regole sull'attività commerciale di presentazione e promozione di beni e servizi. L'attenzione del legislatore si sposta, in tal modo, "dall'atto all'attività" degli operatori del mercato, a prescindere da ogni rapporto contrattuale (5). Il dispositivo assiologico che dà vita al sistema vede il combinarsi, tanto armonico quanto a tratti contraddittorio, di due valori fondamentali: da un lato, la

tutela della libertà del consumatore; dall'altro, l'importanza di salvaguardare l'efficienza concorrenziale e la correttezza del mercato. In particolare, nella prospettiva macroeconomica della direttiva, la tutela della libertà del consumatore diventa strumentale al corretto funzionamento del mercato (6).

Per tale motivo, come opportunamente sottolineato da parte della dottrina, "il diritto dei consumi tenderebbe ad allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato" (7). Oggetto è, quindi, la regolazione dell'attività commerciale secondo correttezza e buona fede, mediante la costruzione di una tutela fondata sulle regole del mercato (8).

In particolare, la direttiva impone al professionista l'esercizio di pratiche commerciali corrette, e dunque un certo grado di diligenza e buona fede, nonché il livello di competenza ed attenzione che possono ragionevolmente attendersi, considerando il settore commerciale di appartenenza. Come giustamente affermato dalla dottrina, pur essendo la *ratio* della disciplina europea delle pratiche commerciali quella di garantire il corretto funzionamento del mercato, essa risulta, in ogni caso, strumentale a garantire "le pre-condizioni di negoziabilità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori" (9), possibilmente ostacolati dalle dette pratiche. Pur, quindi, non essendo necessario il pregiudizio contrattuale (o pre-contrattuale) per integrare una pratica commerciale scorretta (10), non può di certo escludersi un effetto

L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2014, 207 ss.; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 6, 408 ss. e *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus Civile*, 5, 305-337; G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, 143 ss.; A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, 1, 181-189; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 688 ss.; A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr. Europa*, Milano, 2014, 180-199; D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 11157 ss.

(2) Per fare qualche esempio, si pensi alla personalizzazione dei messaggi commerciali attraverso i *cookies*, o ancora allo *spamming* su internet, all'uso della psicologia e delle neuroscienze nella pubblicità contemporanea.

(3) E ciò anche data la sofisticazione delle tecniche di condizionamento della volontà delle masse, contrattuale o anche a prescindere dalla conclusione di un contratto, come sottolineato anche da A. Fachechi (*op. cit.*, 181).

(4) Cit., D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., 1157.

(5) In tal senso: M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008, 4, nt. 17; D. Valentino, *op. cit.*, 1171; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e Diritto privato*, 2010, 699 ss.

(6) Cfr. Cass., SS.UU., 18 dicembre 2007, n. 26724, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 ss., con nota di G. Vettori, *Regole di validità o di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite: la buona fede come rimedio risarcitorio*. Nello stesso senso: M. Astone, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2014, 1; E. Battelli, *op. cit.*, 206.

(7) C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., 408.

(8) Come affermato da E. Battelli, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, cit., 207 ss.; e da C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., 305-337.

(9) Cit. S. Orlando, *Le informazioni*, Padova, 2012, 150.

(10) Come sottolineato da L. Di Nella, la normativa delle pratiche commerciali tende a tutelare più il *procedural fairness* che il

potenzialmente dannoso alla singola posizione giuridica soggettiva. Più volte è stata sottolineata (11) la complementarità tra *public* e *private enforcement*, nella costruzione di un doppio binario, amministrativo e civile, di tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette. Mentre l'intervento amministrativo, previsto espressamente dalla disciplina consumeristica, andrebbe a proteggere l'interesse generale alla correttezza commerciale, punendo le pratiche astrattamente idonee ad incidere sulla decisione di un ipotetico consumatore medio, invece il provvedimento giudiziale civile sarebbe volto a tutelare individualmente un soggetto concretamente leso nella sua situazione giuridica soggettiva, attraverso la distorsione effettiva della sua volontà.

La disciplina europea delle pratiche commerciali sleali è stata attuata in Italia con il D.Lgs. n. 146/2007, che ha modificato il codice del consumo agli artt. 18-27 (12) ed introdotto gli artt. 27 *bis*, *ter* e *quater*. La normativa prevede un sistema piramidale con una clausola generale, due macro-categorie di pratiche commerciali scorrette (ingannevoli ed aggressive), e due *black lists*, ciascuna per ogni macrocategoria, di pratiche commerciali sempre scorrette.

La definizione di "pratica commerciale" è data dall'art. 18, comma 1, lett. d), che la descrive come "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". Data la sua ampiezza, la nozione si presta ad assorbire qualsiasi "comportamento positivo o negativo, attivo o passivo", in grado di influenzare, in misura più o meno apprezzabile, il comportamento del consumatore, soggetto debole della relazione con il professionista (13); in altre parole, ogni "forma di contatto, effettivo o potenziale, collettivo o individuale, tra il professionista e i consumatori" (14).

La clausola generale, contenuta nell'art. 20, comma 2, dichiara che "una pratica commerciale è scorretta

se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori". Essa, ai sensi del comma 1 dello stesso articolo, è vietata. E ciò a prescindere da una lesione attuale della libertà del consumatore, bastando un'astratta idoneità in tal senso (cd. illecito di pericolo). La scorrettezza della pratica, quindi, è ancorata a due parametri, coerentemente con l'art. 5 della direttiva: la diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. La valutazione della diligenza professionale, come definita dalla lett. h) dell'art. 18, attiene ad un obiettivo standard comportamentale, prescindente dai rapporti concretamente instaurati col singolo consumatore, dedotto dalla normativa del settore imprenditoriale di appartenenza (15) e dalla pratica degli affari, e parametrato all'attività esercitata e alla posizione posseduta dal professionista nel mercato. Sembra potersi affermare che, nelle ipotesi tipiche previste dagli artt. 21 ss., la scorrettezza professionale e la violazione della mala fede influenti sulla libera scelta del consumatore siano oggetto di presunzione (assoluta per le pratiche, "in ogni caso" ingannevoli o aggressive, previste dagli artt. 23 e 26), mentre al di fuori di tali casi andranno accertate sulla base dell'art. 20.

Mentre in passato la condotta del professionista rilevava esclusivamente ove integrasse gli estremi della concorrenza sleale, prevista dagli artt. 2598 ss. c.c., a danno delle imprese concorrenti oppure ove si concretizzasse in una condotta strettamente precontrattuale (*ex art.* 1337 c.c.), o addirittura condizionasse la validità del contratto stesso, con l'introduzione degli artt. 18 ss. nel codice del consumo, invece, si rende possibile una valutazione giuridica di ogni "contatto" fra impresa e consumatore, a prescindere dalla conclusione di un contratto (16).

substantive fairness, cioè ad occuparsi, piuttosto, della libertà con cui il consumatore dovrebbe consapevolmente decidere. In "Le pratiche aggressive", in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 231.

(11) Cfr. C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., 306; *Id. Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., 417; M. C. Paglietti, *La tutela civile dei diritti dei consumatori*, Napoli, 2013, 88 ss. e 102 ss.

(12) Gli artt. dal 18 al 27 accoglievano prima le disposizioni sulla pubblicità ingannevole. Dopo l'entrata dei decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007, la tutela contro la pubblicità ingannevole, se rivolta ai concorrenti è disciplinata dal D.Lgs. n. 145/2007, se

rivolta invece ai consumatori rientra nella più ampia pratica commerciale ingannevole (art. 21 c. cons.).

(13) E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civili*, cit., 690.

(14) D. Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. mer.*, 12, 2013, 2658B ss.; analogamente A. Nobile, *op. cit.*, 181.

(15) Sono comprese anche le regole di fonte autodisciplinare, tenute in considerazione dall'Autorità nella valutazione della diligenza professionale e richiamate anche dal codice del consumo agli artt. 19, 21, 23 e 27 *bis*.

(16) G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto e dell'attività*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2010, 8 ss.

La rilevanza giuridica della pratica commerciale andrà valutata nell'ottica del "consumatore medio", o del "membro medio" del gruppo a cui essa è diretta. A differenza della disciplina civilistica tradizionale, concentrata sulle concrete esigenze di tutela di una singola persona individuata, la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali fa uso di tale canone oggettivo. Il consumatore medio è definito dal considerando 18 della direttiva come il consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia" (17). Tale figura "ideal-tipica" rappresenta "il punto di equilibrio tra massima tutela ed esigenza di non gravare le imprese di costi eccessivi" (18).

Il riferimento al consumatore medio implica, quindi, il carattere prognostico ed ipotetico della valutazione tanto della diligenza professionale, quanto dell'astratta idoneità a falsare in misura apprezzabile il suo comportamento economico.

Valutare gli effetti ipotetici della pratica sulla percezione del consumatore medio significa verificare se questa lo potrebbe indurre *in astratto* ad una decisione che altrimenti non prenderebbe. Secondo la regola del *de minimis*, espressione del principio di proporzionalità, è necessario che la pratica commerciale possa avere un impatto "rilevante" (art. 5, comma 2, lett. B della direttiva) e non trascurabile (considerando n. 6) sul comportamento del consumatore (19).

Dai caratteri della valutazione si denota la lontananza rispetto al modello privatistico di tutela, e la vicinanza piuttosto ad una forma di regolazione dell'attività imprenditoriale a tutela della collettività di consumatori e concorrenti. Sintomi di tale inclinazione sono la preferenza, europea e quindi nazionale, per una tutela di tipo amministrativo e l'attribuzione dei relativi poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (20) (art. 27 c. cons.), mediante l'irrogazione di sanzioni pecuniarie o amministrative.

Per quanto riguarda le due macro-categorie, occorre distinguere tra pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive.

Le prime sono definite dall'art. 21 c. cons., il quale dispone che "è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso", elencando, nella seconda parte del comma 1, gli elementi che ne possono formare oggetto. In ogni caso, requisito necessario per l'illiceità è l'essenzialità dell'errore indotto, cioè la sua idoneità a spingere il consumatore verso una decisione diversa da quella che avrebbe potuto altrimenti prendere.

A tale pratica ingannevole, detta positiva in quanto realizzata mediante un'azione, si aggiunge anche quella "omissiva", in cui l'inganno si concreta in un'omissione, la cui illegittimità *ex art. 22* va valutata tenendo conto delle circostanze concrete e del mezzo utilizzato per la comunicazione commerciale. Alla pratica omissiva vanno ascritte anche comunicazioni commerciali poco chiare, ambigue, incomprensibili e oscure, purché idonee, sia ben chiaro, ad indurre il consumatore a una decisione che non avrebbe altrimenti preso (21).

Le pratiche commerciali aggressive, categoria introdotta solo con la Dir. 29/05, sono disciplinate dagli artt. 24 ss. del codice. In particolare, ai sensi dell'art. 24, "è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso". Come si evince dall'analisi del testo normativo, due sono gli elementi che compongono la pratica aggressiva: un elemento strutturale, consistente nel tipo di mezzo aggressivo utilizzato (dalla coercizione alla categoria, non poco problematica, dell'indebito

(17) Cfr., ad esempio, Corte Giust. 10 novembre 1982, C-261/81, Racc., 1983, I-3961 e Corte Giust. 16 luglio 1998, C-210, Racc., 1998, I-4657. La Corte ha avuto modo di precisare che, nel caso in cui il prodotto sia rivolto ad una vasta fascia di consumatori (ad es. un bene di uso quotidiano), il parametro è quello del "consumatore medio non specializzato", cioè di colui che, sebbene normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, non possiede quelle conoscenze tecniche che gli permettano un'attenta analisi preventiva del prodotto.

(18) *Cit. D. Lamanna Di Salvo, op. cit., 2664.*

(19) Tali requisiti sono stati trasposti dal legislatore italiano con le espressioni "in misura rilevante", "sensibilmente" (art. 18, lett. e, c. cons.), e "in misura apprezzabile" (art. 20).

(20) Legittimati attivamente, nel procedimento amministrativo dinanzi all'AGCM (che potrà attivarsi anche d'ufficio) sono sia i consumatori sia le imprese concorrenti che si ritengono lese, anche solo potenzialmente, dalla pratica commerciale.

(21) Tra queste rientra certamente la pubblicità "non chiaramente riconoscibile come tale", vietata espressamente anche dall'art. 5, D.Lgs. n. 145/2007, oltre che dal secondo comma dell'art. 22 c. cons.

condizionamento), ed un elemento funzionale, ovvero l'idoneità, analogamente alle pratiche ingannevoli, ad indurre il consumatore ad una scelta che altrimenti non avrebbe preso.

Dal canto suo, l'art. 25 elenca gli elementi da tenere in considerazione nella valutazione dell'aggressività della pratica, finendo col delineare, tuttavia, vere e proprie ipotesi di pratiche aggressive.

Per quanto attiene, infine, alle *black lists* individuate tipicamente dal codice (artt. 23 e 26), si tratta di ipotesi di ingannevolezza o aggressività in cui la scorrettezza sembrerebbe essere valutata a prescindere ("in ogni caso") dalla verifica della sussistenza dei requisiti dettati dagli artt. 20, 21 e 24. Nella prassi applicativa, tuttavia, non può negarsi la necessità risolutiva di verificare l'idoneità all'inganno o all'aggressione di una pratica, soprattutto nei casi più labili e incerti. Si pensi, ad esempio, alle espressioni "generare comunque l'impressione", "fuorviare deliberatamente", "lasciar intendere", (lett. i), o), aa) art. 23). Il carattere pubblicistico della normativa, che vede la tutela del singolo consumatore come strumentale alla più generale disciplina dell'attività del professionista, non esclude però l'importanza di valutare anche gli effetti che questa possa riversare sugli atti conseguentemente posti in essere dal consumatore (22). Ciò si desume, del resto, dalla definizione di "decisione di natura commerciale" data dall'art. 18, comma 1, lett. m): "la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto". Dunque, dato che la stipulazione del singolo contratto è conseguenza fisiologica di un'efficace pratica commerciale, la correttezza di quest'ultima va integrata anche con la successiva tutela contrattuale dei singoli operatori.

Ciò premesso, occorre sin da subito rilevare come la Dir. 29/05, nonostante le prospettive di armonizzazione massima e di massima tutela del consumatore (considerando nn. 1 e 5), non indica alcun rimedio di

carattere privatistico avverso le pratiche commerciali scorrette, probabilmente anche a causa delle divergenze regolative tra i vari ordinamenti statali. Infatti, l'art. 11 della direttiva riserva agli Stati membri l'introduzione "di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali", mentre l'art. 13 impone agli stessi la predisposizione di strumenti appropriati ad assicurare l'effettività del divieto ed adeguate sanzioni (23).

In particolare nella materia contrattuale, la Dir. 29/05 rinvia espressamente, per la tutela individual-privatistica dalle pratiche commerciali sleali, al diritto nazionale, laddove all'art. 3, par. 2, stabilisce che "la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto".

Il legislatore interno, lungi dall'individuare delle chiare soluzioni privatistiche, si è limitato a riprodurre la disposizione comunitaria all'art. 19, comma 2 c. cons., lasciando intendere la necessità di far riferimento alle tradizionali categorie del codice civile (24). Se, quindi, la tutela pubblicistica dalle pratiche commerciali è stata espressamente prevista nel codice del consumo, quella privatistica manca di un'esplicita previsione, salva la disciplina dell'azione di classe risarcitoria per la protezione di interessi collettivi (art. 140 bis).

Dunque, compito del giurista di diritto civile, a fronte di tali lacune, è quello di ricostruire sistematicamente il ruolo degli istituti civilistici nelle situazioni disciplinate dalla normativa consumeristica, ed in particolare la loro applicabilità alle pratiche commerciali scorrette (25). Le considerazioni di opportunità, tra cui la normale esiguità della pretesa economica del singolo consumatore o gli ingenti costi processuali, che possono sicuramente scoraggiare iniziative giudiziarie, non possono esimere dall'indagine sull'applicabilità delle categorie tradizionali, unica alternativa possibile nel silenzio legislativo (26).

Come più volte sottolineato (27), tuttavia, l'applicazione non può avvenire automaticamente per due ordini di ragioni: da un lato il legislatore non

(22) D'altronde, l'art. 27 ter, comma 2, prevede anche la possibilità di adire il "giudice competente" per la tutela dei propri diritti.

(23) Inoltre, il considerando n. 9, prevede che "la direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti lesi da una pratica commerciale sleale", con ciò lasciando spazio ad un altro binario, individual-privatistico, di tutela.

(24) Cfr. In tal senso, De Cristofaro, *op. cit.*, 1153 ss.; C.T. Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 177 ss.; Vi rientrano, secondo E. Battelli (*op. cit.*, 207 ss.), anche le disposizioni consumeristiche sulle clausole vessatorie e la nullità di protezione (artt. 33 ss. c. cons.).

(25) Sottolinea la necessaria flessibilità e pragmaticità che deve ispirare tale riflessione P. Perlingieri, "Il giusto rimedio" nel diritto civile, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1 ss. (spec. Nota 7).

(26) Il rapporto tra codice del consumo e codice civile è stato al centro di un'ampia riflessione dottrinale; cfr., ad esempio, G. Alpa, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 ss. e N. Lipari, *La codificazione e il riassetto normativo delle attività produttive. Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2005.

(27) In tal senso: G. De Cristofaro, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche*

richiama puntualmente gli istituti civilistici, ma si limita a non escludere le disposizioni in materia contrattuale *ex art. 19, comma 2, c. cons.*, rendendo così in ogni caso necessaria la verifica dei loro presupposti; dall'altro risulta sempre essenziale, per l'applicazione delle soluzioni del codice civile, una concreta ed attuale lesione che legittimi l'azione giudiziale, non richiesta, invece, dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Oltre alle tutele risarcitorie, in particolare quella precontrattuale, sembra di doversi approfondire, come vedremo nel prosieguo della trattazione, la possibilità di annullamento del contratto nel caso in cui siano configurabili il dolo o la violenza previsti dal codice civile.

Per quanto riguarda la nullità, invece, appare sin da subito opportuno sottolineare come le sue caratteristiche strutturali e procedurali la rendano inidonea all'applicazione al caso delle pratiche commerciali.

L'art. 1418 c.c., come è noto, dispone che il contratto è nullo quando sia contrario a norme imperative (salvo che la legge disponga diversamente), quando manchi uno degli elementi essenziali *ex art. 1325*, ove la causa sia illecita, o sia illecito il motivo comune *ex art. 1345*, e quando l'oggetto manchi dei requisiti indicati dall'art. 1346 (28).

Ci si deve innanzitutto porre il problema se si configuri la prima ipotesi di nullità (contrarietà a norme imperative) ogni qual volta il contratto sia stipulato a seguito di una pratica commerciale che abbia violato le disposizioni del codice del consumo (29). Tuttavia un simile effetto sembra da escludere, dal momento che il divieto di pratiche scorrette è prettamente rivolto al comportamento del professionista e, trattandosi di una regola di comportamento, non può determinare la nullità del contratto salvo che la legge stessa non lo preveda espressamente (30). È il regolamento contrattuale che deve essere contrario a norme imperative. La dottrina ammette in effetti tale conseguenza ogni qualvolta la pratica scorretta sia introdotta nel contenuto del contratto, condizionandolo e rendendolo nullo (31). Tuttavia, al di là dei casi estremi di pratiche commerciali che diffondano un messaggio su un bene inesistente o di

omissione ingannevole sulla natura del prodotto tale da rendere indeterminabile l'oggetto del contratto, sembra arduo configurare un contratto strutturalmente nullo come conseguenza di una pratica commerciale scorretta.

Del resto, un ampio ricorso alla nullità sarebbe controproducente tanto per la tutela del mercato quanto per la protezione del consumatore.

Infatti, come sottolineato da parte della dottrina (32), l'invalidazione definitiva del negozio nullo, aggravata dall'incertezza derivante dall'imprescrittibilità della relativa azione (33), appare collidere con la tutela del miglior funzionamento dell'attività commerciale, a cui è strumentale la disciplina consumeristica.

Perdipiù, concedere la legittimazione ad agire anche al professionista pregiudicherebbe il trattamento di favore riconosciuto al consumatore, la cui situazione rimarrebbe in balia della scelta del primo.

Beninteso, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette può in taluni casi, intersecarsi con quella della nullità di protezione, a cui qui si accenna brevemente.

Essa è prevista dal codice del consumo agli articoli 33 e seguenti (in luogo dell'inefficacia europea) per le clausole vessatorie. Tali sono quelle che "malgrado la buona fede, determinano un significativo squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto" a danno del consumatore.

A differenza della nullità tradizionale, che colpisce tendenzialmente l'intero contratto, la nullità di protezione mira a riequilibrare i diritti e obblighi derivanti dal regolamento contrattuale, eliminando solamente le clausole viziate. La principale differenza, però, risiede nel carattere relativo della legittimazione ad agire, spettante esclusivamente al consumatore, nel cui solo interesse è prevista.

Ora, ben può una clausola vessatoria essere conseguenza di una pratica commerciale scorretta, tuttavia, non sarà semplice per l'interprete individuare ed isolare la clausola che si ponga in rapporto di causalità con la pratica commerciale, né per il consumatore dimostrare che lo squilibrio sia effetto della stessa.

commerciali scorrette e codice del consumo, Torino, 91 ss.; C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 779; A. Nobile, *op. cit.*, 186.

(28) Accanto a tali casi di nullità "virtuale", il terzo comma indica una serie di casi in cui la stessa è espressamente prevista da talune disposizioni.

(29) Tale soluzione è stata adottata, seppur con talune differenze, dagli ordinamenti lussemburghese, polacco e francese.

(30) C. Granelli, *op. cit.*, 779 ss.; E. Labella, *op. cit.*, 688 ss.; V. M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, 238-239.

(31) A. Nobile *op. cit.*, 191.

(32) *Id.*, *op. cit.*, 194-195.

(33) Peraltro, legittimato alla stessa sarebbe anche il professionista, il quale, agendo, potrebbe arrecare un pregiudizio ulteriore al consumatore.

Ad ogni modo, l'accertamento della slealtà di una pratica non ha un'automatica incidenza sulla validità delle clausole contrattuali *ex art. 6, Dir. 93/13*; in altre parole, l'accertamento della abusività delle clausole resta regolato dalla apposita disciplina, anche se l'accertamento di una pratica sleale può rappresentare uno degli elementi in base ai quali valutare l'abusività delle clausole del contratto che ne è il risultato (34).

Viceversa, l'accertamento del carattere abusivo di una clausola potrà essere elemento di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale connessa (35).

La responsabilità extracontrattuale: le tutele risarcitorie

Tra le conseguenze civilistiche che possono conseguire da una pratica commerciale scorretta vi è la responsabilità precontrattuale (o *culpa in contrahendo*), che l'opinione tradizionale configura come *species* della responsabilità extracontrattuale (36), nonostante recenti arresti giurisprudenziali di orientamento diverso (37).

Come è noto, l'art. 1337 c.c. dispone che "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". Il riferimento ai concetti di "parti", di "trattative" e di "formazione del contratto" potrebbe far dubitare, ad una prima impressione, dell'estendibilità della disposizione alle pratiche commerciali scorrette. Ciò perché appare prematuro tanto parlare di parti, quanto di trattative in senso stretto, quasi sempre assenti nella prassi del consumo, in cui si aderisce solitamente a contratti standardizzati predisposti unilateralmente per una massa di consumatori. Tuttavia, come giustamente affermato dalla dottrina, "nell'odierna ricostruzione della responsabilità precontrattuale, distinguere fra trattative e fase di formazione del contratto è ritenuto irrilevante, stante la valenza condivisibilmente attribuita semplicemente ad ogni atto che sia finalizzato alla conclusione di un contratto o al compimento di un negozio" (38). Può, dunque, ragionevolmente ritenersi rilevante (39), ai sensi dell'art. 1337 c.c., una pratica commerciale scorretta, purché vi sia una relazione qualificata tra

professionista e consumatore, significativa per la conclusione, attuale o potenziale, di un contratto. Guardando, infatti, alla nozione di "comportamento economico" (art. 19 lett. m), di "pratica commerciale" (art. 18, lett. d), nonché delle varie scorrettezze delineate genericamente o tipicamente dalla disciplina consumeristica, sembra chiaro che l'atto finale a cui ogni pratica commerciale tenda fisiologicamente sia la conclusione di un contratto (40). D'altronde, verso dove è diretta la libertà economica del consumatore (pur tutelata a prescindere dalla conclusione di un contratto) se non verso una decisione negoziale di acquisto (o non acquisto) di un prodotto o servizio? Come affermato in dottrina (41), la fase di "sviamento" del comportamento economico del consumatore è necessariamente quella precontrattuale, la quale può, ove vi sia una condotta contraria a buona fede, condurre ad una decisione che non si sarebbe altrimenti presa.

Oltre che nei comportamenti vietati dalle clausole generali, di cui agli artt. 20, 21 e 23 c. cons., la *culpa in contrahendo* potrebbe certamente configurarsi anche in una serie di fattispecie tipiche, tanto ingannevoli quanto aggressive. Si pensi, ad esempio, al caso delle omissioni ingannevoli di informazioni rilevanti per la decisione commerciale del consumatore (art. 22), o alla pratica in ogni caso ingannevole di cui all'art. 23, lett. g (*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*). Si tratta, in ogni caso, di attività che ben possono dar luogo a delle trattative contrarie a buona fede, in grado di condizionare tanto il *quomodo* quanto l'*an* della contrattazione, rilevanti ai sensi dell'art. 1337 c.c.

L'unica questione da risolvere è quella di coordinare i concetti di buona fede civilistica e di diligenza *ex art. 20 c. cons.*, non pienamente sovrapponibili. L'art. 18, comma 1, lett. h), c. cons. definisce, infatti, la diligenza professionale come "il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i

(34) Corte Giust. 15 marzo 2012, C-453/10, in *Guida dir.*, 15, 2012, 92.

(35) C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., 333.

(36) Cfr., per approfondimenti: F. Caringella, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2008, 360; F. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2005, 163 ss.; A. Fachechi, *op. cit.*, 188-189; A. Nobile, *op. cit.*, 188.

(37) Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, 1051.

(38) *Cit.* A. Nobile, *op. cit.*, 188.

(39) Non ravvisano ostacoli alla sua applicazione E. Labella, *op. cit.*, né Tommasi, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, 77.

(40) Cfr., in tal senso: E. Battelli, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, cit., 207 ss.; C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., 305-337; A. Nobile, *op. cit.*, 189.

(41) E. Labella, *op. cit.*, 688 ss.

consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista". Ciò pare esigere, dalla diligenza professionale, un *quid pluris* rispetto alla normale buona fede, dovendosi tener conto del ragionevole, legittimo affidamento che la collettività di consumatori ripone sugli operatori di un determinato settore. Per quanto riguarda, poi, la correttezza, questa va intesa come adesione alle regole deontologiche-consuetudinarie del commercio nel settore, ulteriori rispetto alle legali. Tali previsioni non sembrano però porsi in contrasto con quella del codice civile: esse sembrano semplicemente rafforzare, date le maggiori esigenze di tutela del contraente debole, gli obblighi di lealtà e trasparenza precontrattuale a carico dei professionisti, rispetto a cui la buona fede oggettiva dell'art. 1337 c.c. si arricchisce di contenuti.

Ammesso, così, che sia integrata un'ipotesi di responsabilità precontrattuale nel caso di lesione della libertà negoziale del consumatore, dovrà riconoscersi a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337, ove ciò abbia portato ad una situazione peggiore rispetto a quella raggiungibile in assenza di scorrettezza commerciale.

Ciò potrà avvenire in due diverse ipotesi. Innanzitutto, si può immaginare il caso in cui le parti non giungano alla conclusione del contratto, per decisione del professionista o dello stesso consumatore che si avveda successivamente della scorrettezza del comportamento della sua controparte. Per quanto indubbiamente di rado possa comportare danni significativi al singolo, la pratica ingannevole di cui all'art. 23, lett. e (*invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti*) rappresenta un caso per eccellenza in cui il consumatore deluso potrebbe

semplicemente non procedere ad alcun acquisto. Più in generale, lo stesso risultato potrebbe aversi tutte le volte in cui il consumatore si accorga prima della conclusione del contratto dell'inganno perpetrato dal professionista. In questi casi, il consumatore potrà chiedere il risarcimento del danno nella misura dell'interesse contrattuale negativo, costituito dalle spese sostenute e dalle occasioni perse in vista del contratto la cui conclusione è stata impedita dalla scorrettezza del professionista.

Ma una responsabilità precontrattuale potrà configurarsi anche nel caso in cui il contratto sia concluso e rimanga valido (42), mantenendo così ferma la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, più volte discussa in dottrina (43), e più volte ribadita dalla giurisprudenza (44).

Una soluzione di questo tipo sarebbe, poi, coerente con la tendenza del sistema a salvaguardare l'efficacia delle transazioni commerciali e, per il tramite di questa, l'efficienza concorrenziale. Per di più, essa discenderebbe da quelle "norme sulla formazione (...) del contratto" che non devono essere pregiudicate dalla disciplina di settore, come disposto dall'art. 19 c. cons.

Occorre aggiungere, per quanto riguarda l'impianto probatorio dell'eventuale processo, che vi è chi (45) ritiene dovuta una significativa considerazione, da parte del giudice ordinario, del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità per valutare la sussistenza della buona fede durante le trattative, anche ai fini puramente risarcitori.

Ci si può chiedere se le pratiche commerciali scorrette possano configurare ipotesi di responsabilità extracontrattuale per la lesione di interessi diversi da quelli più tipicamente ricondotti all'art. 1337. Si dovrebbe in tali casi configurare una applicazione dell'art. 2043 c.c., e dunque verificare i presupposti per la responsabilità da esso sanciti: l'esistenza di un comportamento (attivo o omissivo), la sua imputabilità a titolo di dolo o colpa, un danno ingiusto, il nesso di causalità tra

(42) Così C. Camardi, *op. cit.*, 415 ss.; S. Orlando, *Artt. 24-26, in Codice del consumo. Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, 105.

(43) Vedi G. D'amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in questa *Rivista*, 2006, 159 ss.; Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2007, I, 2094; negano la distinzione suddetta invece: A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, cit., 183; G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*,

Napoli, 2013; G. Vettori, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 247 ss.

(44) Cfr., ad esempio: Cass. 11 maggio 2009, n. 10742, in *Foro it.*, 2010, I, 141 ss.; App. Torino 19 febbraio 2008, in *Società*, 2009, 55 ss.; Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss. La distinzione è confermata dalla Corte di Giustizia UE, che ha affermato la non automatica invalidazione del contratto stipulato a seguito dell'accertamento della slealtà di una pratica commerciale, il quale può, invece, rappresentare un elemento valutativo per la abusività delle clausole (CGUE 15 marzo 2012, C-453/2010, in questa *Rivista*, 2012, 661 ss.).

(45) C. Granelli, *op. cit.*, 783 ss.

comportamento e danno. L'onere della prova ricadrebbe sul consumatore, anche se vi è chi (46) ritiene possibile dimostrare la scorrettezza della pratica, quindi l'ingiustizia del danno (47), con la semplice esibizione del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM.

La dottrina ha configurato un "diritto all'esercizio di pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà" (48), previsto dall'art. 2, comma 2, lett c *bis* del codice, che, letto in combinato con l'art. 2043 c.c., permetterebbe di configurare un risarcimento civile per "danno patito dal consumatore a seguito del suo mero contatto con la pratica commerciale" (49). E ciò, anche in assenza di un carattere precontrattuale (si fa riferimento, ad esempio, al disturbo alla sola riservatezza derivante dalle ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali, sanzionate dall'art. 26, lett. c) (50).

L'art. 2043 c.c. è stato invocato anche con riferimento ad altre conseguenze, quali l'impatto sulla stabilità emotiva di una pratica aggressiva, o la mancata realizzazione, dovuta ad una pratica scorretta, di un interesse personale (con conseguente frustrazione), guardando al caso di cui all'art. 23, lett. s) c. cons. (51), che stigmatizza la comunicazione non veritiera della capacità di un prodotto di curare malattie, disfunzioni o malformazioni.

Appare opportuno sottolineare, in questa sede, che il codice del consumo prevede espressamente una tutela risarcitoria collettiva all'art. 140 *bis*, quale forma di *private enforcement* (52), aggiunto agli strumenti azionabili già dai singoli (53). Ciò perché spesso l'esiguità del danno individuale e gli elevati costi processuali hanno rappresentato un forte disincentivo per l'azione risarcitoria del singolo consumatore.

L'importanza di una tutela risarcitoria, d'altronde, è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia UE, che

l'ha ritenuta indispensabile, anche nel caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali (54).

Gli effetti sul contratto: annullabilità per dolo, violenza o incapacità

Che le pratiche commerciali scorrette possano produrre degli effetti sul contratto (55) è implicitamente ammesso dall'art. 19, comma 2, lett. a), c. cons. il quale, riproducendo l'art. 3, par. 2 Dir. 29/05, dispone che "il presente titolo non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto". Il legislatore italiano, dunque, si è astenuto dal regolare direttamente le conseguenze civili in materia contrattuale, dandosi non poche perplessità sul punto.

Ciò, infatti, ha lasciato una lacuna normativa che solo l'interprete del diritto civile, con il suo strumentario teorico, può colmare.

La disposizione richiamata implica l'ammissibilità, accanto alla tutela amministrativa prevista dalla disciplina consumeristica, anche di quella civile dinanzi al giudice ordinario. Ciò comporta la necessità di risolvere la questione del rapporto tra i relativi procedimenti (e provvedimenti decisori). Come confermato dalla giurisprudenza comunitaria (56), dalla decisione amministrativa di accertamento della scorrettezza della pratica non discende, automaticamente, alcuna conseguenza in ordine alla validità dei contratti singolarmente stipulati: ciò in considerazione della diversa *ratio* che induce la disciplina europea (correttezza del mercato) rispetto a quella codicistica (interesse privato), e della differente struttura del percorso valutativo tipico della scorrettezza delle pratiche, rispetto a quello ordinario civilistico.

(46) C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 781 ss. La stessa ritiene altresì configurabile *in re ipsa* la stessa prova della colpa, come previsto in tema di concorrenza sleale dall'art. 2600 c.c.

(47) Di diverso avviso, in merito alla possibilità di provare in tal modo l'ingiustizia del danno, è la Cass., SS.UU., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it.*, 2009, I, 717 ss.

(48) In tal senso, cfr. Cass., SS.UU., cit. in nota precedente e Cass., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 10120, in *Guida dir.*, 2009, 23, 72.

(49) Cit. A. Nobile, *op. cit.*, 190.

(50) Per un caso particolare di danno ingiusto, anche non patrimoniale, derivante da una pubblicità ingannevole (dicitura "light" nei pacchetti di sigarette), si veda Cass., SS.UU., 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

(51) In tal senso, A. Fachechi, *op. cit.*, 188-189.

(52) Sul punto, G. Alpa, *Class action, note sull'art. 140 bis del codice del consumo*, in *www.Altalex.com*.

(53) Come confermato da Trib. Torino 4 giugno 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 882 ss., con nota critica di M. Libertini - M. R. Maugeri.

(54) Cort. Giust. 17 settembre 2002, C-253/00, in G. Alpa - A. Catricalà, *op. cit.*, 484 nt. 134.

(55) Per approfondimenti, cfr.: M. Astone, *op. cit.*, 1 ss.; E. Battelli, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, cit., 207 ss., Id., *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit., 425 ss.; C. Camardi, *op. cit.*, 408 ss.; G. De Cristofaro, *La direttiva 2005/09/CE, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, 2, 15, 29 ss.; A. Fachechi, *op. cit.*, 181-189; E. Labella, *op. cit.*, 688 ss.; A. Nobile, *op. cit.*, 191 ss.; D. Valentino, *op. cit.*, 11157 ss.; N. Zorzi Galgano, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. e impr.*, 2011, 4-5, 921-954.

(56) Cedu 15 marzo 2012, C-453/10, in questa *Rivista*, 2012, 661ss. con nota di G. Cosco.

Non sembra però di potersi escludere che l'accertamento della pratica commerciale possa avere degli effetti, seppur non automatici, sul contratto, dal momento che questo rappresenta proprio il fine ultimo a cui mira il professionista. Che la normativa del codice del consumo "non pregiudica" la disciplina generale del contratto significa, infatti, tanto una sua non automatica implicazione, quanto una non altrettanto automatica esclusione. Occorrerà, invece, accertare di volta in volta la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti indicati dalle norme che disciplinano la validità del contratto, con particolare attenzione alle disposizioni che disciplinano l'annullabilità (artt. 1425-1446 c.c.).

Se, infatti, per la nullità valgono le considerazioni svolte nel primo paragrafo, la categoria invalidatoria dell'annullabilità sembra prestarsi maggiormente ad essere applicata in caso di pratiche commerciali scorrette.

Ad un primo sguardo, non può negarsi una certa assonanza (57) tra le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive, e i casi di annullabilità per vizi della volontà, in particolare per dolo o violenza (58).

In particolare, l'art. 1439 c.c. prevede che il dolo è causa di annullamento del contratto quando gli artifici o i raggiri sono "stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato". Si noti l'analogia tanto con la formula generale di cui all'art. 21, quanto con le ipotesi tipiche di cui agli articoli successivi. Molti degli elementi, elencati dall'art. 21, sui quali la pratica può indurre il consumatore in errore sembrano infatti poter condizionare l'*an* della contrattazione (si pensi alla natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, il prezzo o i diritti del consumatore), inserendosi nel contenuto principale del contratto. Altri elementi, pur richiamando aspetti del tutto estranei al regolamento contrattuale (es. status del professionista) possono altresì avere un effetto determinante sul consenso

del contraente, ove si concretizzino in artifici e raggiri determinanti (59).

Va rilevato che, se la disciplina delle pratiche commerciali non richiede l'intenzionalità dell'inganno né, tanto meno, che esso derivi dall'altro contraente, il dolo civilistico, secondo la lettura tradizionale, la presuppone (60), anche se parte della dottrina non esclude la teorizzabilità di un dolo colposo, ovvero di un inganno perpetrato senza che l'agente lo abbia di mira consapevolmente.

Prescindendo da ciò, sembra in ogni caso difficile, ad una più attenta analisi delle pratiche in ogni caso ingannevoli tipicamente previste dall'art. 23, escludere l'intenzionalità del professionista, evidente nella grande maggioranza dei casi (61).

Nonostante la disciplina delle pratiche commerciali non distingua, a differenza del codice civile, tra dolo determinante (causa di annullamento) e dolo incidente *ex art.* 1440 c.c. (causa di esclusivo risarcimento del danno, nel caso di mala fede), ma si riferisca all'induzione ad un più generico comportamento economico, ciò non rappresenta in alcun modo un ostacolo per l'applicazione della disciplina civilistica del dolo, comportando semplicemente la necessità di accertare, per la singola pratica commerciale scorretta, la sussistenza dei relativi presupposti previsti dal codice civile.

Va rilevato, ad ogni modo, che l'ambito di applicazione del dolo incidente (induzione a concludere un contratto a condizioni diverse ma non determinanti) sembra coincidere con i casi in cui abbiamo visto potersi configurare una responsabilità precontrattuale anche a contratto concluso. In entrambi i casi, la conseguenza sarebbe quella del risarcimento del danno subito per la conclusione di un contratto a condizioni diverse da quelle che si sarebbero accettate in assenza dei comportamenti scorretti.

(57) Il ricorso a tale istituto è ritenuto preferibile da: R. Calvo, *Le pratiche commerciali "sleali"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano* a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 147 ss.; G. Casaburi, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74 del 1992 al Codice del consumo*, in *Giur. mer.*, 2006, 3 ss.; E. Labella, *op. cit.*; A. Nobile, *op. cit.*, 181 ss.; M. Nuzzo, *op. cit.*, 235 ss.

(58) Tale rimedio è stato adottato dal legislatore portoghese e, in parte, da quello danese.

(59) Un caso della giurisprudenza di merito è quello deciso dal Tribunale di Terni (sent. 6 luglio 2012), in cui ha precisato che una pubblicità, dichiarata ingannevole dall'AGCM ed eliminata dalla programmazione, è causa di annullamento del contratto in quanto raggiri, purché non sia una normale vanteria rientrante nel cd. "dolus bonus".

(60) Come rilevato da C. Camardi, *op. cit.* e E. Labella, *op. cit.*, il quale però sottolinea, ragionevolmente, che risulta difficile negare che i comportamenti previsti dagli artt. 21, 22 e 23 siano caratterizzati da intenzionalità.

(61) Si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi di cui alle lett. b) (*esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione*), e) (*invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti*), ed o) (*promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore*).

Infine, le omissioni ingannevoli, previste dall'art. 22 c. cons. (62), sembrano, senza particolari difficoltà, assimilabili al dolo omissivo (reticenza), anch'esso causa di annullamento del contratto, salvo che rientri nel caso di dolo incidente (63).

Un'implicita conferma dell'applicabilità della disciplina codicistica è rappresentata da una sentenza di merito con cui il giudice, riferendosi ad una pronuncia di ingannevolezza di una pubblicità da parte dell'A.G.C.M., l'ha considerata elemento indiziario per l'annullamento del contratto conseguentemente stipulato (64).

Per quanto riguarda, invece, la violenza morale (artt. 1434 ss. c.c.), essa consiste in una costrizione psicologica esercitata attraverso la minaccia di un male ingiusto. Sembrano evidenti le assonanze con l'art. 24 c. cons.

Quest'ultima disposizione infatti fa riferimento, quali forme di aggressività, alla *molestia*, alla *coercizione*, alla *forza fisica* e all'*indebito condizionamento*. Per quanto riguarda, in particolare, la molestia, essa consiste in un disturbo o disagio arrecato al consumatore, il quale, per sfinimento, si ritrova ad accettare la proposta. A titolo esemplificativo, si considerino i casi, previsti dall'art. 26 tra le pratiche commerciali in ogni caso aggressive, delle visite presso l'abitazione del consumatore, ignorandone gli inviti a lasciare la residenza o a non tornarvi (lett. b), e delle ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono o altro mezzo di comunicazione a distanza (lett. c).

La coercizione, invece, consiste in una pressione psicologica o fisica idonea a condurre il consumatore ad una decisione economica che altrimenti non avrebbe preso. Esempio ne è il "creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto" (lett. a dell'art. 26).

In questo e in altri casi sembra potersi identificare una minaccia indiretta o una costrizione di natura psicologica che ben può condizionare la decisione commerciale e, infine, contrattuale del consumatore (65). È chiaro che, per l'applicazione dell'istituto civilistico,

occorre valutare l'idoneità della violenza a fare impressione sopra una persona sensata e a farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Non sembra, però, potersi escludere una simile condizione in taluni casi previsti dalla disciplina consumeristica, tra cui quelli indicati nella pagina precedente, purché, sia ben chiaro, siano accertati nella fattispecie concreta i presupposti civilistici. Se dunque in alcune delle ipotesi disciplinate nel codice del consumo l'esistenza di una minaccia sembra evidente, altri comportamenti (come l'insistenza nell'ignorare gli inviti a lasciare la residenza del consumatore) potrebbero o meno colorarsi di elementi implicitamente minacciosi, da accertare nel caso concreto. D'altronde, l'art. 25 del codice del consumo, nell'elencare gli elementi da considerare per la valutazione dell'aggressività della pratica, enuncia espressamente il ricorso ad una minaccia fisica o verbale e lo sfruttamento di eventi tragici o circostanze gravi tali da alterare la capacità di valutazione del consumatore.

Sia nel caso del dolo che in quello della violenza, occorre tenere presente che nelle pratiche ingannevoli come in quelle aggressive il giudizio prognostico sotteso alla scorrettezza consumeristica è un giudizio di tipo oggettivo, riferito al parametro, costruito e tipizzato, del consumatore medio (66). Come sottolineato dalla dottrina (67), infatti, il riferimento della disciplina consumeristica a quest'ultimo, e all'astratta "idoneità a falsare" il suo comportamento economico della pratica, "sembra introdurre già in linea di principio una chiara linea di demarcazione fra le suddette tutele", escludendo l'automatico travaso degli effetti. Ciò significa che la scorrettezza non è, da sola, ragione di invalidità del contratto, né fonte di responsabilità per danni, come visto sopra.

Il giudizio civilistico, invece, guarda alla materiale distorsione della volontà negoziale, per tutelare il singolo contraente e, per il tramite di esso, la validità dei contratti (68). Quest'ultimo, infatti, valuta la divergenza fra volontà e dichiarazione guardando alla singola

(62) C. Camardi, *op. cit.*, ult. p.

(63) Cfr., a titolo di esempio, Cass. 2 febbraio 2012, n. 1480, in questa *Rivista*, 2012, 679, con nota di C. Paulicelli, *Il dolo omissivo quale causa di annullamento del contratto*.

(64) Pret. Bologna 8 aprile 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3064 con nota di D'Aquino.

(65) Anche se, come giustamente affermato da Labella (*op. cit.*), alcune tra le ipotesi di aggressività elencate esemplificativamente dall'art. 26, piuttosto che delineare casi di minaccia, enunciano esempi di inganni e pressioni, analoghi al dolo.

(66) Per rendersi conto di ciò, basta guardare all'esempio della comunicazione commerciale Telecom, in cui l'Autorità ha valutato il significato di una parola secondo quello comunemente attribuito, e

non guardando a quello concretamente dato dal consumatore singolarmente coinvolto (Aut. 19826, in www.agcm.com)

(67) *Cit.* C. Camardi, *op. cit.*, 412. Dello stesso avviso sono G. De Cristofaro, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 91 ss.; C. Granelli, *op. cit.*, 779; S. Orlando, *op. cit.*, 105; Tenella Sillani, *op. cit.*, 778. In senso contrario, A. Gentili, *op. cit.*, 171; Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr.*, 2007, 62.

(68) Parte della dottrina sottolinea l'inadeguatezza del rimedio dell'annullabilità, dati anche gli oneri processuali della parte lesa. Vedi, ad esempio, M. Astone, *op. cit.* e G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. Priv.*, 2013, 1, 14.

fattispecie contrattuale e alle condizioni personali del contraente leso.

Per applicare la disciplina dell'annullamento, occorre analizzare nel caso individuale gli effetti che la pratica, quale dolo o violenza, abbia concretamente (e non potenzialmente) avuto sul consenso del singolo contraente, a prescindere dall'ipotetica reazione del consumatore medio. Il giudice dovrà, in altre parole, verificare nel caso concreto la sussistenza di tutti i requisiti civilistici per l'annullamento del contratto di quel determinato consumatore (69), il cui consenso è stato viziato dalla pratica che, quindi, si è tradotta in un dolo o in una violenza morale.

Vi è chi (70) ha sostenuto l'applicabilità dell'annullabilità per incapacità naturale, prevista dall'art. 428 c.c. (a cui rinvia l'art. 1425 c.c.), al contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale scorretta. Considerando che, a parere della Cassazione (71), per annullare il contratto ai sensi dell'art. 428 c.c. è sufficiente una perturbazione che impedisca la seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, pregiudicando la piena consapevolezza, non può escludersi che molte pratiche commerciali, ingannevoli o aggressive, possano generare nel consumatore una simile condizione. Innanzi tutto, tanto la definizione di "falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore" (art. 18, comma 1, lett. e) quanto quella di "indebito condizionamento" (lett. l), facendo riferimento all'alterazione e alla limitazione della consapevolezza della decisione, sembrano rientrare nell'ampia interpretazione giurisprudenziale della disposizione civilistica. A titolo esemplificativo, si pensi alla perturbazione della consapevolezza che può derivare dalla pratica stigmatizzata dall'art. 23, comma 1, lett. g (*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*) o alla limitazione della libertà nel caso di cui all'art. 26, comma 1, lett. a (*creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto*).

È chiaro che si tratterà di particolari casi, da accertare concretamente, di pressione psicologica tale da indurre una perturbazione della coscienza e volontà contrattuale del consumatore, situazione non da escludere se si tiene conto degli importanti risultati raggiunti nell'ambito della ricerca sulla psicologia comportamentale, che hanno messo in luce le deviazioni dal modello olimpico dell'agente razionale e la possibilità per gli operatori del mercato di sfruttarle consapevolmente (72). L'utilizzo di sofisticate tecniche di psicologia nella persuasione pubblicitaria e, più in generale, nel *marketing* rende necessario sensibilizzare l'attenzione del giurista verso nuove forme di aggressività e ingannevolezza più subdole ma, per tale ragione, forse più efficaci di quelle tradizionali.

Anche qui, un'interpretazione ampia della disposizione del codice civile (d'altronde accolta dalla Suprema Corte) permetterebbe, in linea con il *favor* protettivo del contraente debole, di farvi rientrare talune ipotesi di scorrettezza commerciale.

La dottrina (73) che rivolge l'attenzione, per la tutela del consumatore, all'incapacità naturale ne sottolinea la maggiore flessibilità ed apertura rispetto ai vizi del consenso, sottolineando, ad esempio, la non necessaria volontarietà del raggiro, purché idoneo a generare l'incapacità del consumatore. Occorrerà, invece, la mala fede della controparte, ossia la consapevolezza dell'altrui menomazione, la quale, però, potrebbe presumersi dato che l'utilizzo delle strategie di *marketing* da parte del professionista non sembra avvenire "in buona fede".

Considerazioni conclusive

L'analisi dell'attuale situazione normativa in merito alle conseguenze civilistiche delle pratiche commerciali scorrette ha posto in luce la necessità, a fronte del silenzio legislativo, di una ricostruzione delle stesse a partire dai tradizionali strumenti, risarcitori e invalidatori, del codice civile.

Questi ultimi non perdono la loro attualità, nonostante il decorso del tempo e il mutamento delle condizioni socio-culturali che hanno reso necessarie riforme giuridiche quali quelle che hanno preso forma attraverso la disciplina consumeristica. Non sono mancate, ovviamente, soluzioni *ad hoc* (si pensi alla nullità di

(69) L'autorità garante della concorrenza e del mercato può invece intervenire anche in assenza di un contratto, o prima della diffusione di una pratica, in funzione preventiva (art. 27 c. cons.).

(70) A. Nobile, *op. cit.*, 193.

(71) Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1770, in *Giur. it.*, 2012, 1724 ss.

(72) Per approfondimenti sul tema, vedi ad esempio: AA.VV., *Pubblicità: teorie e tecniche* (a cura di M. Ferraresi), Roma, 2017;

R. Caterina, *I fondamenti cognitivi del diritto*, Mondadori, Milano, 2008; *Id. Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.; M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolata*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, 1, 5 - 28; D. Trevisani, *Psicologia di marketing e comunicazione. Pulsioni d'acquisto, leve persuasive, nuove strategie di comunicazione e management*, Milano, 2017.

(73) A. Nobile, *op. cit.*, 197.

protezione o al recesso di pentimento). Se nel caso delle pratiche commerciali scorrette il legislatore ha preferito non intervenire, ciò sembra lasciar trasparire la volontà di dare spazio ad altri rimedi, come peraltro si evince tanto dall'art. 3, par. 2 della Dir. 05/29 quanto dall'art. 19, comma 2, c. cons.

Chiaramente, come visto sopra, occorre verificare la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti previsti dal codice per l'applicazione di ognuno degli istituti, risarcitori o invalidatori, compito che peraltro appare agevole per tutte quelle ipotesi più gravi di ingannevolezza e di aggressività, indicate dagli artt. 23 e 26 c. cons. L'applicazione degli istituti civilistici deve, pur tuttavia, confrontarsi con l'attenzione del legislatore europeo alla salvaguardia dell'efficienza delle transazioni commerciali, per cui importante è il mantenimento dell'efficacia del contratto. Solo in ultima istanza, dunque, dovrebbe farsi ricorso alla sua invalidazione. La protezione del consumatore è, secondo la *mens legis* consumeristica, semplicemente strumentale alla correttezza ed alla efficienza del mercato.

Sembra evidente che un'adeguata tutela del contraente debole non può essere assicurata se ci si limita agli strumenti pubblicistici, che prescindono dalla concreta lesione della sfera individuale: il *private enforcement* completa le tutele previste dal codice del consumo che, in sua assenza, sarebbero meno efficaci dati i limiti strutturali dell'azione amministrativa, inevitabilmente selettiva e incapace di intervento in ogni caso di esigenza individuale.

Gli istituti del codice civile, con le dovute differenziazioni e considerazioni, sono gli unici ad offrire un riparo idoneo dai pregiudizi patrimoniali, contrattuali o extracontrattuali, subiti dal consumatore. Una loro interpretazione restrittiva limiterebbe, però, la loro capacità di svolgere effettivamente tale funzione: per tale motivo, si ritiene opportuna una rilettura che ne valorizzi l'importanza pratica per la tutela del consumatore. Quest'ultima, infatti, richiede che ogni operazione commerciale, che non rispetti i suoi interessi o la sua libertà, sia oggetto di repressione giuridica.

La centralità della libertà del consumatore, infatti, che pur si evince dalla disciplina del codice del consumo (art. 1), è peraltro chiaramente deducibile dalla stessa Costituzione che, all'art. 41, comma 2, prevede, tra i limiti dell'iniziativa economica privata, quelli dettati dal rispetto della libertà umana, con ciò assegnandole un valore più elevato.

Dunque, compito di ogni interprete del diritto civile è verificare, in ogni singolo caso concreto, quale rimedio risulti idoneo per la protezione del consumatore leso da una pratica commerciale scorretta: ove il solo strumento risarcitorio non si presti adeguatamente alla tutela, nessuna ragione di opportunità economica può opporsi alla esigenza giuridica di tutela individuale della libertà del consumatore, anche a costo dell'annullamento del contratto.