



**GIUSEPPE GRISI**

*Professore ordinario di diritto privato – Università Roma Tre*

## **RAPPORTO DI CONSUMO E PRATICHE COMMERCIALI**

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le pratiche commerciali: il baricentro è il mercato. – 3. La disciplina delle pratiche commerciali è disciplina dell'attività. – 4. La tutela dei consumatori. Pratiche commerciali e contratto del consumatore.*

1. Mi accingevo ad ultimare e consegnare all'editore la voce "Informazione (obblighi di)", destinata alla pubblicazione nell'Enciclopedia giuridica Treccani. Era la fine del 2005 e da qualche mese era stata adottata la dir. 11-5-2005 n. 29 sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno<sup>1</sup>. Mi chiesi se fosse il caso di darne conto nella trattazione. Ricordo che per prendere una decisione stetti lì per un po' a riflettere, ma alla fine – e non per pigrizia – mi orientai in senso negativo. Credo sia stata una scelta saggia. Non che l'informazione del consumatore non fosse implicata nella direttiva, ma la voce in elaborazione imponeva di guardare all'informazione nell'ottica del rapporto e la direttiva mi sembrava assai lontana da questa la prospettiva.

Ebbi modo di ribadire la scelta qualche anno dopo, in sede di redazione di analogo voce per gli Annali dell'Enciclopedia del diritto. All'epoca, già da un po' la direttiva aveva ricevuto, da noi, attuazione<sup>2</sup>: il d. lgs. 2-8-2007 n. 146 aveva portato alla modifica degli articoli da 18 a 27 cod. cons. (che, in origine, accoglievano le norme in materia di pubblicità<sup>3</sup>) e all'introduzione, nello stesso codice, degli artt. 27 *bis*, *ter* e *quater*. Ma furono le medesime ragioni poc'anzi esplicitate a convincermi che un fugace cenno in nota al citato d. lgs. sarebbe bastato.

Torno ora sull'argomento per meglio precisare quelle ragioni, sollecitato a farlo dalla sensazione – trasmessami dalla lettura, recentemente operata, di alcuni interessanti contributi in tema di pratiche commerciali scorrette – che l'attenzione, verso di esse, non sempre sia desta. Non mancano, però, le eccezioni e mi piace, tra queste, segnalare la ricerca, seria e intelligente, trasfusa in un libro appena pubblicato<sup>4</sup>, che ha fornito ulteriore stimolo alla redazione di queste brevi note.

2. Sono molti gli interrogativi suscitati dall'introduzione, nel codice del consumo, della parte riguardante le pratiche commerciali. Molti hanno ricevuto risposte convincenti, ma permane

<sup>1</sup> La dir. 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio ha modificato 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.

<sup>2</sup> L'anno di pubblicazione della voce di cui trattasi è il 2011.

<sup>3</sup> La disciplina della pubblicità ingannevole – com'è noto – è, ora, contenuta nel d. lgs. 2-8-2007 n. 145.

<sup>4</sup> S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012.



un'incertezza di fondo e il dubbio che la nuova disciplina suoni disarmonica nel contesto normativo ove si è scelto di collocarla<sup>5</sup> o segnali la tendenza all'allontanamento del “diritto dei consumi (...), 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”<sup>6</sup>.

Difficile dire se il dubbio sia o meno fondato<sup>7</sup>; più agevole è evidenziare le ragioni che ad esso presiedono, cosa – come si vedrà – interessante anche per le conclusioni che consentirà di trarre circa l'effettiva consistenza e portata del fenomeno delle pratiche commerciali.

Il primo dato da considerare è la definizione di consumatore di cui all'art. 18 cod. cons. Una definizione già esisteva, nell'art. 3 cod. cons.; ma, evidentemente, non è stata giudicata utile ai fini del Titolo III. In effetti, le differenze sono tutt'altro che trascurabili<sup>8</sup>. Stando all'art. 3 è consumatore “la persona fisica”; secondo l'art. 18, è consumatore “qualsiasi persona fisica”. Nel primo ambito è assunto a riferimento il consumatore contraente, cioè quel determinato soggetto che entra in rapporto con quel certo professionista per scopi “estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”<sup>9</sup>. L'art. 18 cod. cons., invece, richiama la figura del consumatore “indistinto”, che è tale solo per l'estraneità ai fini suindicati: prescindendosi *in toto* dal rapporto con un certo professionista, il soggetto in questione si trova coinvolto nelle pratiche di cui si discute in quanto naturalmente portato a ricercare nel mercato la soddisfazione dei suoi bisogni legati al “consumo”.

La definizione – o, per meglio dire, le definizioni – di “professionista” confermano quanto appena rilevato. La persona del professionista di cui all'art. 3 si rimodula, nell'art. 18, assumendo le sembianze della “qualsiasi persona” che, nell'agire nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, ponga in essere pratiche commerciali.

Si ha, allora, ragione a sostenere che la disciplina delle pratiche commerciali non guarda al consumatore contraente, né al rapporto tra questi e la controparte professionale. Sicché non v'è

---

<sup>5</sup> Lo stesso rilievo potrebbe, peraltro, estendersi alla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, in origine ricompresa negli articoli da 18 a 27 cod. cons., la quale – come nota C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 733 – “è stata (peraltro, del tutto opportunamente) espunta dal codice del consumo”. L'A., infatti, segnala, con esplicito riferimento anche a tale disciplina, le perplessità che alcuni commentatori del codice del consumo ebbero a manifestare verso il fatto che in esso “fossero state inserite normative che non possono leggersi come finalizzate alla tutela del solo consumatore” (*op. cit.*, 731).

<sup>6</sup> Così C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 408.

<sup>7</sup> Ma la risposta affermativa è più che plausibile se – come pare giusto – si individua il baricentro del codice del consumo nella Parte III, dominata dal rapporto di consumo tra consumatore e professionista che, incentrato com'è sulla disciplina dei contratti del consumatore in generale e delle (particolari) modalità di conclusione dei contratti, non sembra svincolato dalla logica dell'atto. Un margine di incertezza, tuttavia, permane, giustificato dalla presenza, nell'ambito della stessa Parte III, del Titolo II dedicato all'esercizio dell'attività commerciale, ormai comprendente i soli artt. 39 (che detta regole nelle attività commerciali, improntate al rispetto di principi da valutare “anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori”) e 43 (recante rinvio al T.U.B. per quanto concerne il credito al consumo).

<sup>8</sup> La pensa diversamente N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, 449, a detta della quale la “definizione di consumatore nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette riproduce la nozione più generale di consumatore, sempre di matrice comunitaria, confluita nell'art. 3 stesso del c. cons. e collocata nelle disposizioni generali”.

<sup>9</sup> La definizione, infatti, è data ai “fini del presente codice”, che è in larga parte rivolto a disciplinare l'attività contrattuale del consumatore. Il nucleo centrale del codice del consumo – costituito dalla Parte III – non a caso è dedicato al “rapporto di consumo”.



continuità tra la Parte II del codice del consumo e la Parte III, essendo solo la prima calata nella prospettiva del “rapporto di consumo” che è, invece, estranea all’altra<sup>10</sup>. Le materie di cui la Parte II si occupa – educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità – interessano certo il consumatore, ma nella dimensione “macro” del mercato<sup>11</sup>: l’attenzione è, in realtà, rivolta ai consumatori<sup>12</sup> e, significativamente, è all’impatto sul “consumatore medio” che si guarda per valutare come scorretta una pratica<sup>13</sup>. Lo stesso concetto di “pratica commerciale” – si veda l’art. 18, lett. d) – è avulso dal contesto del rapporto individualizzato tra consumatore e professionista<sup>14</sup>. Non è casuale l’impiego, anche con riguardo alla pratica commerciale, del termine “qualsiasi”, che – si badi bene – non è associato al contratto, ma genericamente alle azioni, omissioni, condotte, dichiarazioni, comunicazioni che un professionista abbia a compiere per promuovere, vendere o fornire un prodotto ai consumatori<sup>15</sup>. E’ il modo di stare nel mercato del soggetto professionale che risulta direttamente implicato nella “pratica commerciale”, che si concludano contratti o meno.

<sup>10</sup> Può, invece, ravvisarsi un legame tra la Parte II e il Titolo II della Parte III del codice del consumo, ove campeggiano – non a caso – le regole imposte all’esercizio dell’attività commerciale, che deve svolgersi nel “rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori”. La Relazione al d. lgs. recante il codice del consumo, peraltro, è esplicita nell’affermare che “l’articolo 39 introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali” e l’art. 2, co. 2, lett. c-bis), cod. cons. eleva alla dignità di diritto fondamentale dei consumatori quello “all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”: bene fa, dunque, S. TOMMASI, *op. cit.*, 56 ss. nell’economia della tesi sostenuta, a valorizzare il peso che tali disposizioni rivestono.

<sup>11</sup> “Anche la nuova disciplina, come tante altre precedenti, ha la finalità di tutelare il consumatore, ma in essa tale soggetto non è preso in considerazione in quanto parte debole dei rapporti contrattuali, bensì quale operatore economico di cui si vuole garantire la libertà di assumere decisioni di natura commerciale” (C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 775).

<sup>12</sup> Molti passaggi della direttiva lo testimoniano. Particolarmente indicativo è il considerando (6) della direttiva, ov’è evidenziato il proposito di ravvicinare “le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi”, onde tutelare, giusta “il principio di proporzionalità, (...) i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti”. Parla – a ragione – di astrazione del “consumatore ‘persona fisica’, parte di un concreto assetto di interessi, (...) in un mero riferimento” L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 688: sicché – aggiunge l’A. – egli diviene “un metro di valutazione della diligenza professionale, atto a specificare i limiti entro i quali può esplicarsi liberamente la modalità delle offerte” e il suo ruolo “sta ad indicare un aspetto macroeconomico, non assumendo come riferimento l’agire del singolo nella sua individualità, ma l’agire del singolo come espressione della domanda in generale”.

<sup>13</sup> N. ZORZI, *op. cit.*, 451 – correttamente fa notare che il “consumatore medio sotto il profilo normativo è una novità che fa la sua comparsa proprio nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali”. Questo dato, che a nostro avviso è di grande importanza, non sempre è adeguatamente valorizzato. Ma un’eccezione è rappresentata da C. CAMARDI, *op. cit.*, 410 ss., che bene intercetta il valore sistematico del riferimento al consumatore medio; e nel novero può anche inserirsi C. TENELLA SILLANI, *op. loc. cit.*, che giustamente guarda al consumatore medio come ad “un protagonista (...), in quanto tale, di un sistema di mercato che deve essere realmente trasparente ed effettivamente concorrenziale”, rilevando come è “in questa ottica che si giustifica il divieto a carico dei professionisti di porre in essere ‘pratiche commerciali sleali’”.

<sup>14</sup> Il termine “pratica” non è familiare al nostro ordinamento. Ma può essere indicativo notare come lo si trovi, tuttavia, impiegato nell’art. 2 della l. 10-10-1990 n. 287 – cioè nell’ambito della normativa a tutela della concorrenza e del mercato – per segnalare, genericamente, quei comportamenti “concordati tra imprese”, aventi di mira l’alterazione del gioco concorrenziale.

<sup>15</sup> Anche N. ZORZI, *op. cit.*, 450 s. rileva che “nell’ampia nozione di pratica commerciale, non rientrano solo le condotte che ineriscono ad un contratto tra professionista e consumatore, ma vi rientrano anche le pratiche promozionali o pubblicitarie i cui destinatari non sono mai soggetti in concreto determinati, in funzione di un particolare rapporto, ma rimangono per così dire una platea di soggetti anche solo astrattamente determinabile”.



3. Sotto i riflettori, dunque, c'è l'attività e non singoli specifici atti o comportamenti<sup>16</sup>. Una serie di dati presenti nella normativa lo rivela. C'è il testuale richiamo alla "attività" qui e là operato, ma ancor più significativi sono altri elementi. Si veda, ad esempio, il nesso tra pratica commerciale e codice di condotta, indicativo non solo (e non tanto) perché è certa la vocazione di quest'ultimo a disciplinare un'attività, ma anche (e soprattutto) in considerazione del fatto che già dalla definizione data nell'art. 18, lett. f), cod. cons. si evince il carattere non puntuale ed episodico della pratica, espressione – per l'appunto – di un'attività. Fa, poi, riflettere il concetto di "diligenza professionale"<sup>17</sup>, che – stando all'art. 18, lett. h) – non è metro per valutare il comportamento nello specifico posto in essere da un contraente, ma criterio atto ad apprezzare ciò "che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti". Indicativo è, altresì, l'art. 19 cod. cons., per il collegamento istaurato tra pratica commerciale ed "operazione commerciale relativa a un prodotto", la prima riguardando l'antecedente, il durante e il dopo la seconda.

L'attenzione è puntata sull'attività del soggetto imprenditoriale e professionista e, quindi, viene naturale credere che l'obiettivo cui la normativa essenzialmente tende sia il "ripristino delle condizioni che l'ambiente professionale apprezza come necessarie ad una sana competizione"<sup>18</sup>. Verrebbe, allora, di pensare che siamo interni al regime della concorrenza sleale o, comunque, non lontani da quest'ambito<sup>19</sup>, ma c'è chi non è di questo avviso, avendo registrato il netto cambio di rotta, successivo al 2007, rispetto alla pregressa disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, sostituita da quella in esame. Prima – si sostiene – obiettivo diretto e prioritario della normativa non era la tutela del consumatore, ma quella degli interessi degli imprenditori o professionisti e, più in generale l'interesse pubblico ad un mercato corretto; mentre ora, ad essere in primo piano sarebbero gli interessi economici dei consumatori, promossi dalla dir. 2005/29 ad

---

<sup>16</sup> Ciò che non sfugge a N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, 922, chiara nell'affermare che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette concerne, "per l'appunto, pratiche e dunque comportamenti, attività" e non "singoli atti". Ancor più esplicita è L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, 703 nel rilevare come la "recente introduzione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette impone (...) di spostare l'attenzione dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico".

<sup>17</sup> Si vedano, sul punto, i rilievi critici espressi da M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 89 ss. Secondo l'A., tra l'altro, "il criterio della diligenza professionale, in senso proprio, ha un contenuto preciso, ma questo rileva solo ai fini del giudizio di colpevolezza dell'agente e non anche del giudizio di anti giuridicità oggettiva della pratica (che costituisce fondamento della sanzione inibitoria) (*op. cit.*, 96 s.).

<sup>18</sup> Così P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. industr.*, 2011, 45 illustra un carattere proprio del regime della concorrenza sleale.

<sup>19</sup> Si può, a suffragio, argomentare che non è casuale l'abbinamento – operato nell'art. 140 bis, lett. c), cod. cons. – tra "pratiche commerciali scorrette" e "comportamenti anticoncorrenziali". Come pure è indicativo il fatto che la direttiva identifici, quali rimedi funzionali al ripristino suddetto, l'inibitoria e la rimozione degli effetti, costituenti – anche nel nostro ordinamento – tipiche reazioni alla concorrenza sleale. A detta di M. LIBERTINI, *op. cit.*, 81, la "direttiva si giustifica (...) soprattutto come strumento volto a colmare la lacuna, propria di molte discipline nazionali della concorrenza sleale, nella previsione di tutele dirette dei consumatori e delle loro associazioni" (sulla stessa lunghezza d'onda C. TENELLA SILLANI, *op. loc. cit.*, che lo scopo della direttiva ravvisa nell'intento di "armonizzare al massimo, completando le esistenti discipline settoriali, le legislazioni nazionali a tutela del consumatore nella materia della concorrenza sleale).



oggetto di tutela diretta<sup>20</sup>. Ma una riflessione così impostata va, forse, superata, perché è azzardato affermare che la direttiva di cui trattasi releghi ai margini l'interesse degli imprenditori e perché ciò che essa, alla fin fine, suggerisce è proprio l'emancipazione dalla logica di contrapposizione tra "interessi" configgenti; poco giova, quindi, attardarsi a discutere se al rispetto di sane regole concorrenziali da parte degli imprenditori e professionisti siano più interessati i concorrenti "leali" o i consumatori<sup>21</sup>.

4. La distanza dal terreno contrattuale è marcata con chiarezza nell'art. 19, co. 2, cod. cons., là dove è precisato – in linea, peraltro, con quanto enunciato nel considerando (9) della dir. 2005/29 – che "l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto" resta impregiudicata<sup>22</sup>. Non si può, dunque, dire che la disciplina sia del tutto priva di indicazioni circa la tutela privatistica da assicurare al consumatore vittima della pratica commerciale scorretta<sup>23</sup>.

Corretto è, invece, affermare che oggetto di prioritaria considerazione non è la tutela privatistica. La dir. 2005/29 ha indicato l'obiettivo – "combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori" – lasciando ai legislatori nazionali la scelta delle vie da seguire per centrarlo. L'art. 11 è chiaro in tal senso, limitandosi a prefigurare – in alternativa o in concorrenza – l'azione giudiziaria o il ricorso al giudizio di un'autorità amministrativa<sup>24</sup>; traspare, tuttavia, la considerazione (in certo qual modo) privilegiata per le misure di carattere inibitorio, ritenute alla bisogna adeguate ed efficaci<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Quest'idea di rottura col passato – che non è certo inconsistente, né inoppugnabile – è accreditata, tra gli altri, da N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 436, che giudica la conclusione asseverata "da un'analisi attenta della dir. Ce 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali matrice della disciplina italiana e da una lettura dei suoi *considerando*", in specie quello contrassegnato col numero 8.

<sup>21</sup> Spinge al superamento di detta prospettiva anche la presenza, nel codice del consumo, di una disposizione come l'art. 39, volta a regolare, anche in vista della protezione delle esigenze dei consumatori, le attività commerciali.

<sup>22</sup> Già nel considerando (9) della dir. 2005/29 si sottolineava che la "presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale" e "neppure l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale, ai diritti di proprietà intellettuale, agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti, alle condizioni di stabilimento e ai regimi di autorizzazione, comprese le norme relative, in base al diritto comunitario, alle attività legate all'azzardo, e alle norme comunitarie in materia di concorrenza e relative norme nazionali di attuazione".

<sup>23</sup> Non è chiaro se è questo che, invece, M. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 478 intende sostenere, quando afferma che la "disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (...) non individua in capo ai consumatori specifici rimedi 'privatistici'".

<sup>24</sup> Ma è, invero, pure prospettata la possibilità che lo Stato membro decida "che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie".

<sup>25</sup> Nel co. 2 dell'art. 11, infatti, si afferma che "gli Stati membri conferiscono all'organo giurisdizionale o amministrativo il potere, qualora ritengano necessari detti provvedimenti tenuto conto di tutti gli interessi in causa e, in particolare, dell'interesse generale: a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla". Ciò, "anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista".



La propensione mostrata verso il divieto e la cessazione è in linea con le considerazioni che precedono, essendo la tutela così apprestata svincolata dalla logica del rapporto che ispira ed arma, invece, altre misure di tutela.

Il nostro legislatore ha assecondato il disegno della direttiva, sancendo il divieto delle pratiche commerciali scorrette (art. 20, co. 1, cod. cons.<sup>26</sup>) e disciplinando, nel Capo III, la tutela amministrativa e giurisdizionale: sicché compete all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) di inibire le pratiche scorrette e di rimuoverne gli effetti con sanzioni amministrative in caso di inottemperanza<sup>27</sup>, mentre resta salva la giurisdizione del giudice ordinario negli ambiti identificati nel co. 15 dell’art. 27 cod. cons. e la possibilità, in via preventiva, del ricorso all’autodisciplina ai sensi dell’art. 27 *ter* cod. cons. Ma il quadro è più complesso e – come taluno ha notato – “disordinato”<sup>28</sup>. La pratica commerciale scorretta, infatti, ove sia lesiva degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, autorizza ad agire ai sensi degli artt. 139 s. cod. cons. ed eventualmente *ex art.* 140 *bis* cod. cons.<sup>29</sup>

Basta a determinare la scorrettezza della pratica commerciale la sua idoneità “a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio” (art. 20, co. 2, cod. cons.), sfoci o meno quel comportamento nella conclusione di un contratto tra consumatore e professionista<sup>30</sup>. Le pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive sono, in qualche misura, connesse all’assunzione di “decisioni di natura commerciale” da parte del consumatore e bene si fa a porre in luce il legame tra tali decisioni e un contratto da concludere: il riscontro è negli artt. 21 e 24 cod. cons., letti alla luce della definizione di “decisione di natura commerciale” data dall’art. 18, lett. m), cod. cons. Ma tale definizione, che pure evidenzia un legame stretto con l’agire del consumatore intenzionato ad acquistare un prodotto, non è rappresentativa della sola “decisione negoziale”<sup>31</sup> e non rileva esclusivamente su questo terreno se è vero che l’ultimo inciso la rapporta

<sup>26</sup> E stando all’ultimo comma di tale disposizione, sono da ricondurre al *genus* delle pratiche scorrette le *species* delle pratiche commerciali ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive, contemplate le prime negli articoli da 21 a 23 e le seconde negli articoli da 24 a 26 cod. cons. Sul problematico rapporto tra la clausola generale dell’art. 20 cod. cons. e le più dettagliate disposizioni riguardanti le specie suindicate, v. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 73 ss.

<sup>27</sup> Per un bilancio sull’attività dell’Autorità, v. N. ZORZI, *op. ult. cit.*, 433 ss.

<sup>28</sup> P. SPADA, *op. cit.*, 48. L’A., tra l’altro, intravede, “in questo intrico normativo (...) germi di incostituzionalità, per trattamenti dispari (art. 3) e per violazioni del diritto di difesa (art. 24)”.

<sup>29</sup> Stando alla lett. c) dell’art. 140 *bis* cod. cons., peraltro, l’azione di classe tutela “i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”. Per una riflessione aggiornata sull’efficacia dell’azione di classe quale strumento di contrasto contro pratiche scorrette e comportamenti anticoncorrenziali, v. R. ALESSI, *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 1, 46 ss.

<sup>30</sup> E’ questo un ulteriore dato a conforto di una certa lettura del fenomeno in esame. Come bene sottolinea U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel Progetto Acquis*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 69, se “la pratica scorretta non è vietata soltanto se *modifica* il comportamento del consumatore da essa *raggiunto*, ma anche se è *idonea a modificare* il comportamento di uno o più consumatori ai quali è *diretta*”, è segno che “la tutela è (...) di tipo preventivo, in quanto volta sanzionare ed inibire i comportamenti idonei a pregiudicare il *consumatore medio*, anche se in concreto inefficaci, in modo da regolare l’attività professionale – ed in particolare la correttezza delle comunicazioni commerciali nel mercato dei prodotti di consumo – e non il singolo atto negoziale”.

<sup>31</sup> Lo rileva M. LIBERTINI, *op. cit.*, 98, osservando il disposto dell’art. 2, lett. k) della dir. 2005/29 – praticamente identico a quello dell’art. 18, lett. m), cod. cons. – dal quale “emerge una nozione più ampia, idonea a comprendere nella voce ‘decisione



al compimento di un'azione o all'astensione dal compierla. E va, poi, notato, da un lato, come quel legame non emerga dalla dimensione che l'art. 20 cod. cons. assegna alla pratica scorretta e, dall'altro, come comunque – scorretta, ingannevole o aggressiva che sia – la pratica è apprezzata per gli effetti indotti sul “consumatore medio” e non sul singolo, determinato consumatore contraente.

La pratica commerciale scorretta – come detto – attiene all'attività e, tuttavia, non può escludersi che sia proprio essa a determinare la conclusione di un contratto che, altrimenti, non si sarebbe verificata. Fermo il divieto<sup>32</sup>, vale, allora, il ricorso alle “disposizioni normative in materia contrattuale” che – a norma dell'art. 19, co. 2, cod. cons. – restano applicabili<sup>33</sup>. Non si può, dunque, addebitare al legislatore italiano, in sede di attuazione della dir. 2005/29, di essere stato silente sul punto: egli – è vero – avrebbe potuto precisare qual è la sorte di quel contratto, ma il non averlo fatto non segnala l'esistenza di una lacuna.

Se si ammette che le pratiche commerciali sleali hanno a che fare con l'attività, bisogna poi coerentemente trarne le conseguenze e non impiegare con leggerezza categorie proprie della disciplina del contratto, che si attagliano, invece, alla dimensione dell'atto. Questo, d'altronde, suggerisce la dir. 2005/29, che “si occupa soprattutto della protezione degli interessi economici collettivi dei consumatori, non si preoccupa, invece, né intende invadere in via immediata l'ambito proprio della tutela individuale del consumatore, che è ambito riconosciuto come proprio e specifico del diritto privato generale in tema di contratto”<sup>34</sup>.

Si constata, qui, la divaricazione tra il piano della tutela collettiva e quello della tutela individuale e, riflettendo sullo spazio che quest'ultima può occupare<sup>35</sup>, sono diversi gli interrogativi da sciogliere. Sarebbe un errore ritenere del tutto irrilevante, nella disciplina del contratto consegnata nel nostro codice civile, il profilo dell'attività: uno dei pregi del libro che proprio in esordio ho segnalato sta nell'aver messo a nudo, nell'art. 1337 c.c., le linee di un “modello di governo di talune situazioni di contatto determinate dall'oggettivo svolgersi di condotte”<sup>36</sup> e, in special modo, la dimensione dinamica della trattativa, che, non imprigionabile nella logica dell'atto

---

commerciale’ anche una decisione di contenuto negativo (cioè la decisione di non negoziare l'acquisto di un determinato prodotto o servizio), nonché tutta una gamma di possibili comportamenti intermedi”.

<sup>32</sup> Nitidamente, il considerando (13) della direttiva evidenzia che le pratiche oggetto di divieto sono quelle “che falsano il comportamento economico dei consumatori” e “parimenti” quelle “che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione”.

<sup>33</sup> Sicchè “la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si aggiunge a quella del contratto, ognuna avendo un suo tipico e diversamente proprio ambito d'applicazione” (N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 922).

<sup>34</sup> N. ZORZI, *op. ult. cit.*, 923 s.

<sup>35</sup> Viene spontaneo abbinare la tutela individuale ai rimedi di natura privatistica (misure invalidatorie, risarcimento dei danni, ecc.), ma può, ancorché impropriamente, qualificarsi individuale anche la tutela assicurata dall'AGCM, dal momento che l'intervento di detta Autorità – chiamata *ex art. 27* cod. cons. a vigilare e, se del caso, inibire o sospendere le pratiche commerciali scorrette e a comminare sanzioni – può aversi “su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse” e, dunque, anche di un singolo consumatore.

<sup>36</sup> Così, testualmente, S. TOMMASI, *op. cit.*, 15, nelle note introduttive.



e rilevante in sé a prescindere dalla conclusione del contratto<sup>37</sup>, come le pratiche commerciali si mostra atta ad incidere su decisioni di natura economica. La felice intuizione è nell'aver, in definitiva, svelato che le pratiche commerciali scorrette si muovono in area già presidiata dall'art. 1337 c.c.: ciò che, da un lato, stimola a valorizzare, di detta disposizione, la modernità<sup>38</sup>, in uno con "le potenzialità, spesso rimaste inesprese"<sup>39</sup> e, dall'altro, introduce utili elementi di riflessione atti a meglio definire il piano dei rimedi a protezione del consumatore danneggiato<sup>40</sup>. L'attenzione, tuttavia, si è – per lo più – concentrata su altro profilo: ci si è chiesti se una pratica commerciale scorretta possa di per sé determinare l'invalidità del contratto concluso "a valle" e si sono richiamati – a tal proposito – sia la nullità che l'annullamento<sup>41</sup>. Le argomentazioni poste a fondamento della risposta negativa si rivelano, a nostro avviso, più probanti di quelle addotte a sostegno dell'opposto orientamento<sup>42</sup>. Di guisa che l'annullamento del contratto sarà solo ipotizzabile ove si accerti la ricorrenza dei requisiti che il codice civile a quel fine richiede.

Il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per aggiornare le disposizioni del codice civile in materia di vizi della volontà, ma ha evitato di farlo. In dottrina si è ugualmente fatto discendere dalla "nuova disciplina (...) un effetto innovativo che incide soprattutto sulla delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina sul dolo"<sup>43</sup> e, comunque la si pensi sul punto, non può certo dirsi improponibile l'accostamento al dolo della progettazione della pratica

---

<sup>37</sup> Ciò che vale a caratterizzare la trattativa "è il fatto che le attività in essa ricomprese sono non già indirizzate verso il perfezionamento del contratto, bensì sono rivolte all'accertamento – da operarsi dalle parti in relazione alle rispettive esigenze e sulla base di autonome valutazioni in termini di opportunità e/o di convenienza – dell'idoneità (o meno) dell'accordo raggiungibile a soddisfare tali esigenze e della corrispondenza (o meno) tra il contenuto di detto accordo e quelle valutazioni" (G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 44 s.). Sicché – aggiungevo – il risultato che "le parti si prefiggono di conseguire (...) è principalmente interno alla loro rispettiva sfera psichica" (*op. cit.*, 45), per cui la "trattativa non si inserisce (logicamente) nell'iter di formazione dell'accordo" (*op. cit.*, 47), tanto che "trattative" e "formazione del contratto" sono distintamente contemplate nella lettera dell'art. 1337 c.c.

<sup>38</sup> Parla di "attualità e (...) riferibilità ai nuovi scenari di quanto tradizionalmente affermato riguardo l'art. 1337 c.c." S. TOMMASI, *op. cit.*, 92. E, ancora, l'A., con riferimento al tema delle trattative ivi oggetto di considerazione, sottolinea l'emergere del "rilievo di una dimensione dinamica del diritto privato diversa da quella del procedimento" (*op. cit.*, 93).

<sup>39</sup> S. TOMMASI, *op. cit.*, 91.

<sup>40</sup> Anche a tal proposito l'indagine di S. TOMMASI, *op. cit.*, 119 ss. reca un contributo degno di nota.

<sup>41</sup> Sul punto, v. N. ZORZI, *op. ult. cit.*, 926 ss. (ed ivi segnalate le varie soluzioni prospettate, con ricco apparato di indicazioni bibliografiche, cui si fa rinvio per precisazioni ulteriori ed approfondimenti). Ma, con sano pragmatismo, "a fronte di tanto numerosi, tanto autorevoli e tanto approfonditi interventi dottrinali" C. GRANELLI, *op. cit.*, 735 invita a soppesare adeguatamente il fatto che "nessun consumatore risulta essersi fin qui rivolto ad un giudice per 'liberarsi' da un contratto che non avrebbe stipulato (o avrebbe stipulato a condizioni diverse), ove non fosse rimasto vittima di una 'pratica commerciale scorretta'".

<sup>42</sup> Conveniamo, in particolare, con C. CAMARDI, *op. cit.*, 417, quando sottolinea 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 della 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". Anche in considerazione di ciò l'A. è indotta a credere che "la 'scorrettezza' di una pratica commerciale non è essa soltanto, e per ciò solo, ragione di invalidità del/dei contratto/i stipulati dal professionista autore della pratica con un consumatore; né può essere fonte essa soltanto di una qualche responsabilità per danni causati al consumatore" (*op. cit.*, 412).

<sup>43</sup> M. MAUGERI, *op. cit.*, 484. L'A., in pratica, ritiene "che la nuova disciplina incida sull'allargamento dell'area entro la quale possono essere ritenuti sussistenti i vizi del consenso".



diretta a “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori”<sup>44</sup>; sta di fatto, però, che se si apprezza la lettera dell’art. 18, lett. e) nella sua reale valenza, quell’accostamento si palesa azzardato. Si può intuire cosa sia d’ostacolo: troppa e non colmabile è la distanza dal modello codicistico<sup>45</sup>. Se i concetti di “comportamento economico” e di “decisione di natura commerciale” – come si è visto – sono conformati a misura di un contesto che non necessariamente rinvia allo specifico rapporto tra un consumatore ed un professionista, profondamente diversa è la situazione assunta in considerazione nell’art. 1439 c.c., dove decisione e comportamento hanno quale ineludibile termine di riferimento il contratto e dove non di pratica si discute, ma di “raggiri” posti in essere da un contraente per carpire il consenso dell’altro ed indurlo a contrattare.

Di queste dotte disquisizioni teoriche, poi, è sempre bene soppesare il valore pratico, che potrebbe rivelarsi modesto. Resta, dunque, da verificare, pragmaticamente, l’effettiva efficacia della tutela invalidatoria, ove attivabile, quale strumento di reazione individuale contro le pratiche commerciali sleali; verifica, che andrebbe estesa al rimedio risarcitorio, che pure taluno reputa “maggiormente idoneo (...), anche perché meglio e più facilmente si adatta alle circostanze concrete, proteggendo comunque la sfera giuridica del consumatore”<sup>46</sup>. Su questo terreno, molti dubbi si affacciano<sup>47</sup> e tutt’altro che infondati se si pensa alla preferenza largamente accordata alle azioni collettive, nonché alla tendenza a valorizzare le misure inibitorie e cautelari e le sanzioni irrogate dall’AGCM<sup>48</sup>, ritenute – per varie ragioni – risposte più adeguate all’esigenza di tutela qui prospettata.

## ABSTRACT

---

<sup>44</sup> La conferenza del richiamo alla violenza è dubbia e – a detta di C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, 779 – “immaginabile solo nei casi estremi di comportamenti aggressivi che si risolvano in costrizioni fisiche o psichiche, ovvero in minacce, molestie, indebito condizionamento, secondo quanto dispone l’art. 24 c. cons. novellato”.

<sup>45</sup> Sicché, non ha torto C. TENELLA SILLANI, *op. loc. ult. cit.* a giudicare “alquanto difficile immaginare una totale rilettura – che in effetti fino ad oggi non c’è stata – dei requisiti enunciati nel codice civile in tema di dolo conformata alle più generali previsioni contenute negli artt. 21-26 c. cons.”.

<sup>46</sup> C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, 780. L’A., tuttavia, tiene a “ricordare come il singolo consumatore pregiudicato dal comportamento illecito di un professionista subisca in genere un danno (patrimoniale ma anche non patrimoniale se ne ricorrano i presupposti) poco rilevante economicamente, il che lo disincentiva dall’agire in giudizio, anche se numerose siano le pratiche commerciali scorrette” (*op. cit.*, 782).

<sup>47</sup> E v’è, altresì, da considerare che “il problema delle tutele individuali del consumatore contro le condotte illegittime del professionista è non solo e non tanto quello della loro idoneità allo scopo, quanto quello della loro appetibilità per chi dovrebbe servirsene” (C. GRANELLI, *op. cit.*, 735); appetibilità – inutile dirlo – compromessa dai ben noti mali che affliggono la nostra giustizia civile. Anche per queste controversie, allora, è consigliabile – a giudizio dell’A. – agevolare il ricorso a mezzi alternativi (per via stragiudiziale) di risoluzione.

<sup>48</sup> Interessanti le notazioni svolte da C. GRANELLI, *op. cit.*, 737 s. su limiti e pregi di un sistema – quale quello da noi disciplinato – orientato ad affidare un ruolo centrale nella protezione degli interessi dei consumatori ad una Autorità indipendente. Evidenzia la necessità “di rimedi *ex ante*, preventivi e con funzione deterrente e moralizzatrice”, più che di “rimedi invalidanti che restano attivabili, e svolgono il loro importante ruolo, solo quando ormai il contratto è concluso”, S. TOMMASI, *op. cit.*, 134 s.

# JUS CIVILE



Maybe in the regulation of business practices there is an evolution of consumer law. The paper aims at showing how the discipline of unfair commercial practices, included in the Consumer Code, regulates, rather than the relationship between consumer and professional, the professional activities of persons operating in the market. Nevertheless, the implications with the collective as well as individual protection of consumers are analyzed.